

Michael Reinicke



DIE UNMITTELBAREN SCHENKUNGEN VON TODES WEGEN

1979





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE UNMITTELBAREN SCHENKUNGEN
VON TODES WEGEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Michael Reinicke
aus
Eisenach



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Battes
Dekan: Prof. Dr. Bernert
Tag der mündlichen Prüfung: 29.10.1979

FÜR CHRISTINE

I n h a l t

Einleitung	I
A § 2301 ohne Einschaltung einer Mittelsperson	1
I. Die Schenkung auf den Todesfall ohne Berücksichtigung des § 2301; dargestellt anhand eines Beispiels	1
II. Die Rechtslage unter Berücksichtigung des § 2301. Der Meinungsstand zum Vollzugsmerkmal des § 2301 Abs. 2	17
1. Subjektive Theorie	18
2. Opfertheorie	21
3. Anwartschaftstheorie	31
III. Eigene Interpretation des § 2301	38
1. Die Vollzugsproblematik des § 2301 als eine Problematik, die nicht durch Bezug auf § 518 Abs. 2 gelöst werden kann	38
a) Nichtexistenz eines selbständigen Vollzugsmerkmals bei § 518 Abs. 2	42
b) § 518 Abs. 2 als erweiternde Definitionsnorm	61
c) § 2301 Abs. 2 als gesetzgeberisch unabhängig von § 518 Abs. 2 getroffene Regelung	63
d) Die Kombination aus falscher Bezugnahme auf § 518 Abs. 2 und aus unrichtiger Auslegung dieser Vorschrift als Ursache für Fehlinterpretationen des § 2301 Abs. 2	64
2. An der Entstehungsgeschichte und der Teleologie ausgerichtete Interpretation des § 2301	72
a) Die rechtshistorischen Vorläufer des § 2301	72
aa) Das Römische Recht	73
bb) Das Gemeine Recht	76
cc) Partikularrechte	78

aaa)	Das Bayerische Landrecht von 1756	78
bbb)	Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794	79
ccc)	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865	81
b)	Die gesetzgeberische Lösung des BGB's als an der Struktur der Verfügungen von Todes wegen ausgerichtete Lösung	82
aa)	Die Abschaffung des selbständigen Rechtsgeschäftstyps der "donatio mortis causa"	83
bb)	Die Ablehnung einer rein erbrecht- lichen Lösung	85
cc)	Die Kriterien für die Anwendung des Erbrechts	85
aaa)	Die Überlebensbedingung	86
bbb)	Die durch Handschenkung bewirkte Einschränkung der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Schenkers im Gegensatz zum Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des von Todes wegen Verfügenden	90
ccc)	Der Einfluß der Widerruflichkeit der Schenkung	101
3.	Einordnung der an der Struktur der Verfügun- gen von Todes wegen orientierten Lösung in das vorgefundene Meinungsspektrum	125
a)	Grundsätzliche Abgrenzung gegenüber den Lösungsansätzen, die § 2301 Abs. 2 vom "vollzogenen Versprechen" her begreifen	125
b)	Abgrenzung gegenüber den Vollzugstheorien im einzelnen	134
4.	§ 2301 als deklaratorische Vorschrift	138
5.	Der tatbestandliche Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1 als einer deklaratorischen Umgehungsverbotnorm	152
a)	Die einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen	152
b)	Die Schenkungsverträge von Todes wegen	158
aa)	Die Versprechensschenkung von Todes wegen	158
bb)	Die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen	167

6. Zusammenfassung der bisher zu § 2301 gefundenen Ergebnisse	169
 B § 2301 bei Einschaltung einer Mittelsperson	 171
I. Mittelspersonen des Beschenkten	172
1. Mittelspersonen des Beschenkten, die "aktiv" und "passiv" tätig werden können	172
2. Mittelspersonen des Beschenkten, die nur "passiv" tätig werden können	173
II. Mittelspersonen des Schenkers	182
1. Die Botenfälle	189
2. Der Sonderfall des bewußt und gewollt postmortal eingesetzten Boten	201
a) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 unter erbrechtlichen Gesichtspunkten	202
b) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten	215
3. Die Vollmachtsfälle	231
a) Mißbrauch der vom Erblasser erteilten und nach dem Erbfall gegen die Erben wirkenden Vollmacht	236
b) Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formen	256
4. Der Sonderfall des bewußt und gewollt postmortal eingesetzten Bevollmächtigten	258
a) Umgehung der Regelung der Testamentsvollstreckung	258
b) Die widerrufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungsgeschäften	282
c) Die postmortale Vollmacht unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten	300
 Literaturverzeichnis	 315

Gem. § 2301 Abs. 1 Satz 1 finden auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Das Gesetz ordnet also an, daß Vorschriften, die die gewillkürte Rechtsnachfolge "mortis causa" betreffen, auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft anzuwenden sind, das seiner äußeren Gestalt nach dem Rechtsverkehr unter Lebenden angehört. Eine solche Gleichbehandlungsanordnung kann nur auf dem Hintergrund des - unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsprinzip abzuleitenden - Gleichheitssatzes gesehen werden, der es dem Gesetzgeber gebietet, materiell Gleiches gleich und materiell Ungleiches ungleich zu behandeln.¹ Obwohl auch eine solche Schenkung (§ 2301 Abs. 1 Satz 1) in ihrer äußeren Gestalt etwas anderes ist als eine Rechtsnachfolgeanordnung von Todes wegen (Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung), sieht das Gesetz offensichtlich durch eine solche Schenkung die essentiellen - d.h. die für eine rechtliche Bewertung wesentlichen - Merkmale einer Verfügung von Todes wegen als verwirklicht an, während es den Unterschied in der äußeren Gestalt als akzidentellen Umstand bewertet.

Das Gesetz erachtet nun eine solche essentielle Gleichheit mit den Verfügungen von Todes wegen nicht bei allen Schenkungen auf den Todesfall als gegeben. Gem. § 2301 Abs. 2 sind nämlich die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden anzuwenden, wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes "vollzieht". Das Gesetz will also vom Schenker "vollzogene"

¹ Zu dem Gleichheitssatz, seiner Herleitung aus dem Gerechtigkeitsprinzip und seiner Wirkung auf den Gesetzgeber vgl. statt aller: BVerfGE 1, 208, 233; Maunz-Dürig Art. 3 RdNr. 2 ff, RdNr. 303-377; Larenz Methodenlehre S. 323 f; Esser Grundbegriffe S. 13 f.

Schenkungen nicht den Verfügungen von Todes wegen gleichstellen. Unter dem Aspekt des übergeordneten Gleichheitssatzes kann dem § 2301 Abs. 2 also nur die Vorstellung des Gesetzes zugrunde liegen, daß bei solchen Schenkungen die essentiellen Merkmale der gewillkürten Rechtsnachfolge "mortis causa" nicht erfüllt werden. Das Gesetz sieht bei einer "vollzogenen" Schenkung offensichtlich nicht nur einen äußeren, akzidentellen, sondern einen essentiellen, den materiellen Regelungsgehalt betreffenden Unterschied zu einer Rechtsnachfolgeanordnung von Todes wegen als gegeben an. Was unter diesem "Vollzug" zu verstehen ist, gehört zu den "kompliziertesten und erbittertesten Streitfragen des BGB's".¹ Die Untersuchung dieser Streitfrage muß im Mittelpunkt einer Arbeit stehen, die es sich zur Aufgabe gesetzt hat, der rechtlichen Behandlung der Schenkungen von Todes wegen nachzugehen. Die Art und Weise, in der dieser Frage nachgegangen werden soll, ist dabei schon durch unsere Eingangsüberlegung vorgegeben. Wenn das Gesetz in § 2301 Abs. 1 bestimmte Schenkungen als den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleich ansieht und in § 2301 Abs. 2 von der essentiellen Ungleichheit anderer Schenkungen im Vergleich zu den Verfügungen von Todes wegen ausgeht, dann bietet es sich an, ganz unabhängig von der Norm des § 2301 nach den essentiellen Merkmalen der Verfügungen von Todes wegen zu fragen. Auf dem Hintergrund des Ergebnisses dieser Überlegungen sind dann § 2301 Abs. 1 und § 2301 Abs. 2 zu betrachten. Es wird sich dann feststellen lassen, ob das "Vollzugsmerkmal", das § 2301 Abs. 2 von § 2301 Abs. 1 trennt, nur das Fehlen eines

¹ So Boehmer Grundlagen S 72, 82. Diese Aussage Boehmers aus dem Jahre 1952 ist - soweit es um die Erbitterung geht - auch heute noch aktuell. Ob es sich um eine komplizierte Frage handelt, gehört bereits zum "Streitgegenstand". Vgl. z.B. Kipp-Coing § 81 III 1 c, wo von einem "an sich durchaus klaren Kriterium des Gesetzes" gesprochen wird.

essentiellen Merkmals der Verfügungen von Todes wegen kennzeichnet. Sind die essentiellen Merkmale einer Verfügung von Todes wegen einmal ermittelt und ergibt ein Vergleich mit § 2301, daß diese Merkmale mit den Voraussetzungen des § 2301 Abs. 1 konvergieren, so wird eine Aussage darüber möglich sein, welche essentielle Divergenz mit dem "Vollzugsmerkmal" des § 2301 Abs. 2 gemeint sein könnte.

Zuerst sind also von der Funktion und der Struktur der Verfügungen von Todes wegen her die essentiellen Merkmale dieser Verfügungen zu bestimmen. Das dabei gewonnene Ergebnis ermöglicht es, Schenkungen auf den Todesfall aufzuteilen in solche, die diese essentiellen Merkmale verwirklichen, und andere, die dies nicht tun. Anschließend ist zu fragen, ob diese Trennung mit der durch das "Vollzugsmerkmal" vorgenommenen Trennung zwischen § 2301 Abs. 2 und § 2301 Abs. 1 in Obereinstimmung gebracht werden kann. Ist dies zu bejahen, so liegt es nahe, daß § 2301 dann nichts anderes als eine institutionelle Abgrenzungsnorm deklaratorischen Charakters ist. Schwieriger würde es, wenn sich solch eine Harmonie zwischen einer funktionalen Betrachtungsweise und § 2301 nicht feststellen ließe. Das Gesetz würde dann Ungleiches gleich behandeln. Es läge dann die Vermutung nahe, daß § 2301 rechtspolitisch verfehlt wäre.¹ Das braucht hier indes noch nicht erörtert zu werden. Eine solche Erörterung steht erst und nur dann an, wenn eine solche Diskrepanz zwischen einer funktionalen Betrachtungsweise und § 2301 nachgewiesen wird.

Bevor aber der zentralen Problematik des § 2301 - der Problematik, was unter "Vollzug" zu verstehen ist - in der eben beschriebenen Art und Weise nachgegangen wird, soll schon hier der hinter § 2301 stehende Gesetzeszweck näher erläutert werden. Dieses frühzeitige Einbringen

¹ So z.B.: Harder S. 117 f; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III. Vgl. auch Bartholomeyczik Erbeinsetzung S. 168 f.

des Gesetzeszwecks soll die dann im Hauptteil folgende Erörterung von vorneherein von einigen Aspekten entlasten, die üblicherweise im Zusammenhang mit § 2301 diskutiert werden, meines Ermessens aber zur Lösung der anstehenden Problematik nichts beitragen.

Die Anordnung des § 2301 Abs. 1 geht dahin, den Verfügungen von Todes wegen solche Schenkungen gleichzustellen, die diesen Verfügungen essentiell gleich sind. Diese Gleichbehandlungsanordnung bedarf aber noch einer besonderen Begründung. Daß sie einer besonderen Begründung bedarf, beruht darauf, daß sowohl Schenkungen als auch Rechtsnachfolgeanordnungen von Todes wegen privatautonome Regelungen sind. Die Privatautonomie als Teil der allgemeinen Selbstbestimmung des Menschen ist als Prinzip der Privatrechtsordnung vorgegeben (sie wird durch die Grundrechte - insbesondere durch Art. 2 und Art. 14 GG - anerkannt); dieses Prinzip wird durch die Privatrechtsordnung und in ihr verwirklicht.¹ Zur Privatautonomie gehört die Gestaltungsfreiheit des privatautonom Handelnden. Will er eine rechtsgeschäftliche Regelung in Geltung setzen, so kann er sich aus den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsgeschäftstypen den ihm passend erscheinenden Typ herausuchen oder auch, falls kein geeigneter Typ zur Verfügung steht, eine Regelung "sui generis" herbeiführen. Dabei ist es durchaus möglich, daß ihm zur Herbeiführung bestimmter Rechtswirkungen verschiedene Rechtsgeschäftstypen zur Verfügung stehen. Es steht ihm dann frei, den Weg zu wählen, den er für richtig hält.² Er braucht dann nur die Voraussetzungen des Rechtsgeschäftstyps zu erfüllen, den er gewählt hat. Dies gilt nur dann nicht, wenn das Gesetz

1 Vgl. statt aller: Flume AT § 1 m.w.N.; Larenz AT § 2 II; Schwab RdNr. 70, RdNr. 379.

2 Vgl. z.B.: von Lübtow S. 1246; Boehmer Grundlagen S. 82, 83; Flume AT § 20 Z. 2 b cc.

zur Erreichung eines bestimmten Zwecks einen bestimmten Weg vorschreibt, was es tun kann, weil die Rechtsordnung die Gestaltungsformen für das privatautonome Handeln bestimmt.¹ Die Verfügungen von Todes wegen stellen nun einen solchen vorgeschriebenen Weg für die Herbeiführung einer bestimmten Rechtswirkung - Rechtsnachfolge "mortis causa" - dar.

Die Verfügungen von Todes wegen sind formalisiert (§§ 2231, 2232, 2247, 2249, 2250, 2251, 2266, 2267, 2276). Diese Formalisierungen bestehen in erster Linie um des Authentizitätsschutzes willen. Es sollen nur solche letztwilligen Verfügungen durchgeführt werden, bei denen es nachweislich ist, daß sie vom Erblasser stammen und daß sie später nicht verfälscht worden sind.² Erfüllt eine Verfügung von Todes wegen diese vorgeschriebenen Formen nicht, so verfällt sie unheilbar der Nichtigkeit; selbst wenn sie nachweisbar unverfälscht vom Erblasser stammt und ihre Durchführung weitaus vernünftiger als der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge wäre. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern es unabweisbar, daß die Rechtsordnung darauf besteht, daß diese Formen ausnahmslos eingehalten werden. Ließe man im Einzelfall aus Billigkeitsgründen Ausnahmen zu, so wüßte der Rechtsverkehr bald nicht mehr, in welchen Formen wirksam testiert werden kann. Der allgemeine Schaden - Rechtsunsicherheit - wäre gewichtiger als der Gewinn, der in der

1 Vgl. statt aller: Flume a.a.O.; Larenz a.a.O.; Schwab a.a.O.

2 Daß die erbrechtlichen Formen in erster Linie diesem Zweck dienen sollen, ergibt sich daraus, daß die anderen Formzwecke (Abgrenzung des wirklich letzten Willens von bloßen Entwürfen, Vorankündigungen etc.; Förderung eines sorgsamten Entschlusses des Erblassers) auch durch andere Formen als die der öffentlichen Beurkundung und der Privatschriftlichkeit gewährleistet werden könnten, während die Identitätsfeststellung gerade diese Formen erfordert. Zu den erbrechtlichen Formzwecken im einzelnen und mit Nachweisen vgl. S. 108.

billigen Entscheidung des Einzelfalls läge.¹ Dieser Gesichtspunkt der erbrechtlichen Formstrenge ist es, an den § 2301 Abs. 1 anknüpft. Die zweite Kommission hat diesbezüglich festgehalten, "daß es nicht angehe, für Schenkungen von Todes wegen erleichterte Formvorschriften aufzustellen, weil sonst die legislatorischen Gesichtspunkte, auf denen die Formalisierung letztwilliger Verfügungen beruhe, leicht illusorisch gemacht werden könnten."² § 2301 Abs. 1 knüpft also daran an, daß es zwar grundsätzlich einem rechtsgeschäftlich Handelnden aufgrund der im Prinzip der Privatautonomie wurzelnden Gestaltungsfreiheit freisteht, eine bestimmte Rechtswirkung auf diesem oder jenem Weg - durch die Anwendung unterschiedlicher Rechtsgeschäftstypen - herbeizuführen, daß aber im Erbrecht für die gewillkürte Rechtsnachfolge "mortis causa" mit den formalisierten Verfügungen von Todes wegen ein ganz bestimmter Weg vorgeschrieben ist, der dort strikt einzuhalten ist. § 2301 Abs. 1 ist Ausdruck dessen, daß es keinen Sinn ergeben würde, im Erbrecht bei den Verfügungen von Todes wegen den Grundsatz der Formstrenge konsequent durchzuführen, gleichzeitig aber den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleiche lebzeitige Schenkungsgeschäfte zuzulassen, ohne diese dem Grundsatz der Formstrenge zu unterwerfen. Dies würde dem Gleichheitssatz widersprechen. Wenn das Gesetz Rechtsnachfolgeanordnungen von Todes wegen bestimmten Formen unterwirft und die Nichteinhaltung dieser Formen mit der unheilbaren Nichtigkeit der formwidrig getroffenen Anordnung sanktioniert, dann würde es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen, wenn solchen Rechtsnachfolgeanordnungen essentiell gleiche Rechtsge-

¹ Zur erbrechtlichen Formstrenge im einzelnen und mit Nachweisen vgl. S. 147 ff.

² Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

schäfte diesen Formen nicht unterliegen würden, weil sie der äußeren Gestaltung nach nicht als Verfügungen von Todes wegen, sondern als lebzeitige Schenkungsgeschäfte auftreten.¹

In Rechtsprechung und Literatur findet sich nun allerdings häufig der Hinweis darauf, daß die Ordnung des Erbrechts keinen exklusiven Charakter habe, daß erbrechtliche Rechtsfolgen auch auf anderen Wegen als den im Erbrecht vorgesehenen herbeigeführt werden könnten.² Diese Aussage findet sich immer im Zusammenhang mit § 331; weitere Vorschriften, die zur Stützung einer solchen Aussage dienen könnten, sind auch nicht ersichtlich. § 331 behandelt einen Fall der mittelbaren Zuwendung auf den Todesfall. Der Versprechensempfänger (= der Zuwendende) erbringt im Deckungsverhältnis eines Vertrages zugunsten Dritter eine Leistung an den Versprechenden, der seinerseits an den Dritten (= den Zuwendungsempfänger) leistet, wobei diese Leistung einer Vereinbarung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger gemäß erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgt. Es findet eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechensempfängers über das Vermögen des Versprechenden in das Vermögen des Dritten statt,³ wobei diese mittelbare Zuwendung zeitlich an den Tod des Versprechensempfängers geknüpft wird.

1 Deshalb ist es richtig, wenn Coing (Kipp-Coing § 81 II 1 a) davon spricht, daß der Formproblematik eine Gerechtigkeitsfrage zugrundeliegt. A.A. Wieacker (S. 271, 274, 276), der die Formproblematik leichthin abtut und von nicht "zureichenden Gerechtigkeitsgründen" spricht. Es ist indes nicht einsichtig, daß die Einhaltung des Gleichheitssatzes kein zureichender Gerechtigkeitsgrund sein soll.

2 So: Endemann Bd. III Hälfte 1 S. 215, 218; von Lübtow S. 1246; Boehmer Grundlagen S. 83; Harder S. 159; Hinz JuS 1965, 299, 304; RGZ 80, 175, 177; RGZ 88, 137, 138.

3 Vgl. Kipp-Coing § 81 V 2 c; Heck SchuR §§ 48, 50.

Diese Zuwendung bedarf - wie jede Zuwendung - einer "causa", um "bereicherungsfest" zu sein. Diese "causa" kann - wie bei jedem Vertrag zugunsten Dritter - nur im Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem gesucht werden;¹ dem Dritten gegenüber liegt nämlich keine Zuwendung des Versprechenden, sondern eine Zuwendung des Versprechensempfängers vor. In diesem Valutaverhältnis kann nun eine Schenkung vorliegen. Da in solchen Fällen - Fällen des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall mit einer Schenkung im Valutaverhältnis - der Schenkungsgegenstand nicht zu Lebzeiten des Schenkers zugewandt wird, sondern die Zuwendung erst mit dem Tode des Versprechensempfängers stattfindet (soweit nämlich die Forderung gegen den Versprechenden als Schenkungsgegenstand angesehen werden kann) oder sogar erst nach diesem Tode durch die Leistung des Versprechenden erfolgt, ergibt sich auch bei § 331 die Frage nach der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften; die Frage danach, ob der Erwerb des Dritten gegenüber den Erben des Versprechensempfängers nur dann gerechtfertigt ist, wenn im Valutaverhältnis eine den Formen des Erbrechts genügende Anordnung des Versprechensempfängers vorliegt. Diese Frage ist heute in dem Sinne entschieden, daß die erbrechtlichen Formvorschriften insoweit nicht anzuwenden sind. Dieser Nichtanwendbarkeit wird z.T. sogar schon die Qualität eines gewohnheitsrechtlich geltenden Rechtssatzes zugeschrieben.²

Die Rechtsprechung ist der Meinung, daß in diesen Fällen im Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem eine Schenkung unter Lebenden vorliege, die keinerlei erbrechtlichen Beschränkungen unterliege.³ So-

1 Protokolle Bd. I S. 755; im übrigen vgl. statt aller Palandt-Heinrichs Einf. vor § 328 Anm. 2 b.

2 So: OLG Stuttgart NJW 1956, 1073; Brox RdNr. 736; G. u. D. Reinicke NJW 1956, 1053, 1054.

3 BGHZ 46, 198, 201, 202; BGHZ 41, 95, 96; BGH WM 1976, 1130; BGH WM 1976, 744, 746; BGH WM 1976, 320, 321; BGH NJW 1975, 1360; BGH NJW 1975, 382, 383; BGH NJW 1965, 1913, 1914. Diese Rechtsprechung geht zurück auf RGZ 128, 187, 189.

weit ein Schenkungsvertrag - als eine die spätere Zuwendung rechtfertigende "causa" - noch nicht zu Lebzeiten des Versprechensempfängers zustande gekommen sei, könne er noch nach dem Tode des Versprechensempfängers dadurch abgeschlossen werden, daß der Versprechende als Bote des Versprechensempfängers dessen Schenkungsangebot dem Dritten überbringe, das dieser dann noch annehmen könne (§§ 130 Abs. 2, 153, 151). In bezug auf diese Rechtsprechung, auf die sich der Rechtsverkehr inzwischen eingestellt hat, hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, daß sie "einen grundsätzlich zu beachtenden Vertrauenstatbestand geschaffen" habe, "den zu beseitigen sich nur aus ganz schwerwiegenden Gründen rechtfertigen ließe."¹ Auch in der Literatur geht die ganz überwiegende Meinung dahin, daß das Gesetz in § 331 solche Verträge als formlos wirksame Rechtsgeschäfte unter Lebenden anerkannt habe.² Andere Stimmen in der Literatur äußern zwar heftige Kritik daran, daß es dem Versprechensempfänger möglich sein solle, bewußt und gewollt den postmortalen Abschluß "lebenszeitiger" Schenkungsgeschäfte herbeizuführen, aber auch diese Autoren kommen aufgrund des § 331 zu dem Ergebnis, daß mittelbare schenkweise Zuwendungen von Todes wegen mittels eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall ohne Beachtung der erbrechtlichen Formvorschriften wirksam vorgenommen werden können. Diese Autoren gehen zwar im Valutaverhältnis nicht von einem lebenszeitigen Rechtsgeschäft, sondern von einem Erwerb "mortis causa" aus, dieser Erwerb ist aber ihrer Ansicht nach wegen

¹ BGH WM 1976, 320, 321.

² So: Lange-Kuchinke § 31 II 2a u. b; Kipp-Coing § 81 V 2 c (anders noch in der 12. Bearbeitung § 81 V 2); Wieacker S. 271, 283; Kegel S. 68, 70; Kümpel WM 1977, 1187; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 37; RGRK-Kegel § 2301 RdNr. 17; Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 12; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4.

§ 331 nicht an die erbrechtlichen Formen gebunden.¹

Hält man sich diesen Stand der Dinge vor Augen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es sich durchgesetzt hat, daß mittelbare - mittels eines Vertrages zugunsten Dritter erfolgende - unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall ohne Beachtung der erbrechtlichen Formen wirksam vorgenommen werden können. Diese Frage soll deshalb im Rahmen dieser Arbeit nicht mehr behandelt werden. Ganz unabhängig davon, ob bezüglich dieser Frage bereits eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung der Formfreiheit eingetreten ist, gibt es auch so etwas wie eine Ökonomie der wissenschaftlichen Kritik. Es bringt keinen Nutzen mehr, der Frage nachzugehen, ob z.B. Lebensversicherungsverträge "eigentlich" - d.h. bei Zugrundelegung von Sinn und Zweck der Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen - in Testaments- oder Erbvertragsform abgeschlossen werden müßten. Sie werden nicht in diesen Formen vorgenommen. Der Rechtsverkehr empfindet dies als

¹ Es gibt verschiedene "Spielarten" dieser Ansicht. Von Lübtow (S. 1235, 1236) und Harder (S. 143, 151 und FamRZ 1976, 418, 426 f) meinen, daß § 331 eine besondere Art der Zuwendung von Todes wegen enthalte. Es handele sich um eine formlose einseitige Zuwendung von Todes wegen besonderer Art. In diese Richtung ging anfänglich auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Vgl. RGZ 88, 137, 138; RGZ 106, 1, 2. Finger (S. 114 f, 130 und WM 1970, 374, 377 f) und Hoffmann (ACP 158, 178, 198) sehen § 331 nicht als eigenständige "dritte" Zuwendungsart - neben Erbeinsetzung und Vermächtnisanordnung - an, sondern gehen von einer testamentarischen Sondererbfolge aus, die nicht den Formvorschriften des Erbrechts unterliegt. So wohl auch Zehner (ACP 153, 242, 451, 452), der von einer formlos wirksamen Singularsukzession spricht.

sachgerecht. Rechtsprechung und Rechtslehre¹ billigen es.

Die Arbeit beschränkt sich somit auf die unmittelbaren schenkweisen Zuwendungen von Todes wegen; auf die Zuwendungen, die nicht über das Vermögen eines anderen erfolgen. Solche Zuwendungen liegen außerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereiches des § 331. Sind an dem Zuwendungsvorgang nur der Zuwendende und der Zuwendungsempfänger beteiligt, so fehlt es an jeglichem Anknüpfungspunkt für § 331. § 331 kommt aber auch dann nicht zur Anwendung, wenn eine weitere Person als Mittler (Bote oder Stellvertreter) in den Zuwendungsvorgang eingeschaltet wird. Die Zuwendung erfolgt auch dann nicht über das Vermögen eines anderen - des Mittlers - sondern unmittelbar aus dem Vermögen des Zuwendenden in das Vermögen des Zuwendungsempfängers. Das Vermögen des Mittlers wird nicht "dazwischengeschaltet". Der Mittler ist nur "Transportperson". Daß eine solche Konstellation nichts mit einem Vertrag zugunsten Dritter zu tun hat, haben die Gesetzesverfasser in den Gesetzesmaterialien zu Recht ausdrücklich betont.² Der Vertrag zugunsten Dritter zeichnet sich nämlich dadurch aus, daß aus dem zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger bestehenden Rechtsverhältnis dem Dritten ein

¹ Für die Lebensversicherungsverträge wird dies sogar von Medicus (BR RdNr. 400) zugegeben, der sonst - soweit ersichtlich als einziger in der aktuellen Literatur - beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall mit einer Schenkung im Valutaverhältnis auf dieses Valutaverhältnis aufgrund des § 2301 die erbrechtlichen Formvorschriften anwenden will (BR RdNr. 397). Vom Gerechtigkeitsstandpunkt, vom Gleichheitssatz her ist aber diese Differenzierung innerhalb der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall nicht einzusehen. Den §§ 159 ff VVG läßt sich für die Form des Valutaverhältnisses zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger nichts entnehmen (a.A. Medicus BR RdNr. 400).

² Protokolle Bd. I S. 756.

Recht zugewiesen wird. Ein Recht, das ohne die Fremdwirkung des Vertrages zugunsten Dritter dem Versprechungsempfänger zustehen würde. Bezüglich dieses Rechts wird die Leistungsrichtung geändert.¹ Von alledem kann aber keine Rede sein, wenn der Zuwendende seine Zuwendung unter Einschaltung eines Mittlers vornimmt. Die Mittelsperson verspricht dem Zuwendenden nicht, daß sie dem Zuwendungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet sein will. Dem Zuwendungsempfänger wird kein Recht aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Zuwendenden und der Mittelsperson zugewiesen. Es findet keine Änderung der Leistungsrichtung bezüglich eines Rechts statt. Somit wäre es verfehlt, in einer Vereinbarung zwischen einem Zuwendenden und seinem Zuwendungsmittler einen Vertrag zugunsten eines Dritten - zugunsten des Zuwendungsempfängers - zu sehen.²

Da die unmittelbaren Schenkungen von Todes wegen nicht dem § 331 unterfallen, bleibt es bei ihnen dabei, daß zu fragen ist und Kriterien dafür herauszuarbeiten sind, wann sie den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleich sind. Sinn und Zweck des § 2301 Abs. 1 ist es, die essentiell gleichen der erbrechtlichen Formstrenge zu unterwerfen. Selbst wenn § 331 formlose mittelbare schenkweise Zuwendungen auf den Todesfall ermöglicht,³ so kann

1 Zur Struktur des Vertrages zugunsten Dritter vgl.: Heck SchuR § 48; Müller-Freienfels S. 26, 27; Westermann SachR § 3 II 4; Lange-Kuchinke § 31 II 2 b; Soergel-Reimer Schmidt vor § 328 RdNr. 11; Palandt-Heinrichs Einf. vor § 328 Anm. 2 a.

2 So zutreffend: Lange-Kuchinke § 31 II 2 b; Kipp-Coing (12. Bearbeitung) § 81 IV 2 c.

3 Zu den Gründen, die dafür sprechen würden, die mit Hilfe des § 331 vorgenommenen Schenkungen auf den Todesfall allen erbrechtlichen Bindungen zu unterwerfen, vgl.: Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922 §§ 25, 27; Kipp-Coing (12. Bearbeitung) § 81 V; Heck SchuR § 50 Z. 4; Staudinger-Lehmann Vorb. vor § 1937 RdNr. 14; Fabricius FamRZ 1967, 59, 60.

dies auf die unmittelbaren Zuwendungen nicht nur tatbestandlich, sondern auch wertungsmäßig keinen Einfluß haben. Zwar ist es heute zu Recht anerkannt, daß Wertungen, die in "Ausnahmevorschriften" enthalten sind, analog angewandt werden können.¹ Dies kann aber nicht dazu führen, daß das Prinzip, von dem eine Ausnahme gemacht wird, durch die analoge Anwendung der Ausnahme überhaupt nicht mehr gilt. Verfügungen von Todes wegen unterliegen bestimmten Formen. Sie sind nur dann wirksam, wenn sie in diesen Formen vorgenommen werden. Dieses Prinzip wäre in der Sache aufgehoben, wenn alle Schenkungen von Todes wegen, die den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleich sind, diesem Formzwang nicht unterworfen wären. Vom Gerechtigkeitsprinzip, vom Gleichheitssatz her wäre die Notwendigkeit der Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften dann auch für ihren unmittelbaren Anwendungsbereich - den der Verfügungen von Todes wegen - nicht mehr plausibel zu machen. Wenn den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleiche Schenkungsgeschäfte generell nicht dem erbrechtlichen Formzwang unterliegen würden, dann wäre es vom Gleichheitssatz aus nicht einzusehen, warum im unmittelbaren Anwendungsbereich des Erbrechts das Prinzip der erbrechtlichen Formstrenge weiterhin genau eingehalten werden sollte. Zu einer solchen generellen Freistellung von den erbrechtlichen Formen käme man aber für die Schenkungen von Todes wegen, wenn man die Formfreiheit der mittelbaren schenkweisen Zuwendungen auf den Todesfall, von der ausgegangen werden soll, auf die unmittelbaren schenkweisen Zuwendungen auf den Todesfall übertragen würde. Aus einer Durchbrechung des Prinzips der erbrechtlichen Formstrenge würde dann die Aufhebung dieses Prinzips ab-

¹ Larenz Methodenlehre S. 329; Enneccerus-Nipperdey AT § 48 Anm. 6; Weinsheimer NJW 1959, 566. Vgl. auch BGHZ 2, 300, 306; BGHZ 17, 266, 282.

geleitet. Aus der Zulassung einer den Formen des Erb-
rechts nicht unterworfenen schenkweisen Zuwendung auf
den Todesfall in einem bestimmten Fall - dem Fall des
Vertrages zugunsten Dritter - können keine Analogie-
schlüsse gezogen werden, weil sonst in der Sache die
erbrechtlichen Formen als solche aufgegeben würden.
Dies ist aber de lege lata nicht möglich. Das verblei-
bende Unbehagen, das sich daraus ergibt, daß im Bereich
der unmittelbaren schenkweisen Zuwendungen von Todes
wegen Regelungen an der Nichteinhaltung der erbrecht-
lichen Form scheitern können, die vom Erblasser auf
einem anderen rechtstechnischen Weg, nämlich durch
Vertrag zugunsten Dritter, formlos hätten durchgeführt
werden können, ist beim heutigen Stand der Dinge nur
de lege ferenda zu beseitigen. Mit diesem Problemkreis
beschäftigt sich die vorliegende Arbeit nicht. Sie be-
schäftigt sich vielmehr mit der Grenzziehung zwischen
Erbrecht und Lebendenrecht in dem Bereich, der von
§ 331 nicht erfaßt wird.

In diesem Bereich braucht diese Grenzziehung ausschließ-
lich unter dem Aspekt der schon angesprochenen Formpro-
blematik betrachtet zu werden. Eine von dieser Proble-
matik getrennte, von ihr zu sondernde Einordnungsproble-
matik gibt es dort nicht. Die in der Literatur häufig
im Zusammenhang mit § 2301 angesprochene Einordnungs-
problematik¹ wird in diesem Bereich durch die Lösung
der Formproblematik "miterledigt".

Bei dieser Einordnungsproblematik geht es um den mate-
riellen Schutz der anderen Nachlaßberechtigten (nor-
male Nachlaßgläubiger, Pflichtteilsberechtigten, Ver-
mächtisnehmer) im Verhältnis zu dem Zuwendungsempfän-
ger der Schenkung von Todes wegen. Dabei ist wieder der

¹ Kipp-Coing § 81 II 1 b; Brox RdNr. 742, 743; Heck
SchR § 50 Z. 4, § 95 Z. 2; Staudinger-Boehmer Einl.
vor § 1922 §§ 24, 25; Medicus BR RdNr. 397; Wieacker
S. 271, 274-276; Bartholomeyczik Erbeinsetzung
S. 195 f.

Fall zugrunde zu legen, den § 2301 Abs. 1 offensichtlich im Auge hat, nämlich der Fall einer Schenkung von Todes wegen, die einer erbrechtlichen Zuwendung von Todes wegen essentiell gleich ist. Eine vergleichende Betrachtung zeigt dann, daß die Nachlaßinteressenten, wenn die Schenkung als lebzeitige Schenkung zur Wirksamkeit käme, materiell schlechter dastünden als sie dastehen, wenn die Schenkung als das behandelt wird, was sie in Wahrheit ist, nämlich als Vermächtnis.

Normale Nachlaßgläubiger - Gläubiger aus entgeltlichen Rechtsgeschäften des Erblassers - würden zwar dann, wenn sich der "Schenkungsgegenstand" beim Erbfall noch im Nachlaß befindet, keine Benachteiligung erleiden, da Gläubiger aus entgeltlichen Rechtsgeschäften gem. § 226 Abs. 2 KO gegenüber einem lebzeitigen Schenkungsgläubiger genauso bevorrechtigt sind (§ 226 Abs. 2 Nr. 3 KO) wie sie einem Vermächtnisnehmer (§ 226 Abs. 2 Nr. 5 KO) vorgehen. Eine Benachteiligung würde aber dann eintreten, wenn sich der "Schenkungsgegenstand" im Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr im Nachlaß befindet, z.B. weil der Erblasser zu seinen Lebzeiten eine widerrufliche Handschenkung von Todes wegen vorgenommen hat.¹ Die Nachlaßgläubiger wären dann, wenn diese Zuwendung als lebzeitige Schenkung eingeordnet würde, auf die Anfechtung gem. §§ 32 KO, 3 Nr. 3 und 4 AnfG angewiesen, deren Frist ab Schenkung läuft; dadurch würden die Nachlaßgläubiger häufig zu spät kommen. Bei einer Einordnung als Vermächtnis greifen dagegen die Anfechtungsrechte der §§ 222 KO, 3 a AnfG ein, deren Frist ab Erbfall läuft.²

1 Dazu, daß auch dann in der Sache ein Vermächtnis vorliegt, vgl. später S. 101 ff.

2 So zutreffend: Kipp-Coing § 81 II 1 b; Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922 § 24 RdNr. 21. A.A. Wieacker S. 271, 275, der die Nachlaßgläubiger auch bei Anwendung von Schenkungsrecht als genügend geschützt ansieht. Ebenso Brox (RdNr. 742, 743), der aber die unterschiedlichen Anfechtungsfristen nicht berücksichtigt.

Hält sich somit die Benachteiligung der normalen Nachlaßgläubiger noch in Grenzen, so erleiden demgegenüber die Pflichtteilsberechtigten einen schwerwiegenden Nachteil. Die Pflichtteilsberechtigten (§ 226 Abs. 2 Nr. 4 KO) gehen lebzeitigen Schenkungsgläubigern (§ 226 Abs. 2 Nr. 3 KO) nach, während sie Vermächtnisnehmern (§ 226 Abs. 2 Nr. 5 KO) vorgehen. Würde die schenkweise Zuwendung von Todes wegen als Schenkung unter Lebenden wirksam, so würde der Pflichtteil gem. § 2311 von dem um die Schenkung geminderten Nachlaß berechnet. Der Pflichtteilsberechtigte hätte dann zwar einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325. Würde aber der Nachlaß zur Befriedigung dieses Anspruches nicht ausreichen, so hätte der Pflichtteilsberechtigte nur den unsicheren Bereicherungsanspruch (§ 818 Abs. 3!) gegen den Beschenkten gem. § 2329. Gegenüber einem Vermächtnis steht der Pflichtteilsberechtigte wesentlich besser da. Der Pflichtteil wird vom ungeminderten Nachlaß berechnet, und der Pflichtteilsberechtigte kann sich wegen dieses Pflichtteils vor dem Vermächtnisnehmer direkt aus dem Nachlaß befriedigen.¹

Weiterhin können Nachteile für andere Vermächtnisnehmer eintreten. Einer lebzeitigen Schenkung gehen sie im Rang nach (§ 226 Abs. 2 Nr. 3 KO), während Vermächtnisse untereinander gleichen Rang haben (§ 226 Abs. 2 Nr. 5 KO). Würde nun eine Schenkung von Todes wegen als lebzeitiges Rechtsgeschäft wirksam, so könnte bei unzureichendem Nachlaß diese Schenkung zu Lasten anderer Vermächtnisnehmer gehen, während diese schenkweise Zuwendung, wenn sie als Vermächtnis eingeordnet wird, genauso wie die anderen Vermächtnisse anteilig gekürzt wird.²

¹ Die Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten wird zutreffend herausgestellt von: Kipp-Coing a.a.O.; Staudinger-Boehmer a.a.O. RdNr. 17, 18; Medicus BR RdNr. 397. Eine Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten wird zu Unrecht geleugnet von: Wieacker S. 271, 275 und Brox RdNr. 743.

² Vgl. Staudinger-Boehmer a.a.O. RdNr. 19.

Es ist also durchaus so, daß die materielle Rangfolge bei der Nachlaßverteilung durcheinandergebracht würde, wenn schenkweise Zuwendungen von Todes wegen, die den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleich sind, als wirksame lebzeitige Rechtsgeschäfte anerkannt würden.¹

Dennoch taucht diese Einordnungsproblematik in den Gesetzesmaterialien zu § 2301 mit keinem Wort auf.² Dazu bestand auch kein Anlaß. Die Gesetzesverfasser haben sich ausschließlich mit der Formproblematik beschäftigt. Mit ihrer Lösung dieser Formproblematik, die dahin geht, daß den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleiche lebzeitige Schenkungsgeschäfte auch der erbrechtlichen Formstrenge unterliegen, ist die Einordnungsfrage automatisch "mitgelöst". Eine der Anordnung der erbrechtlichen Form unterfallende und dieser Form genügende Regelung ist ihrer Gänze nach eine erbrechtliche Regelung; die Nachlaßverteilung erfolgt nach den dafür vorgesehenen Normen. Eine der Formanordnung unterfallende, aber ihr nicht genügende Regelung ist eine unwirksame Regelung; Gegenstände, die aufgrund einer solchen Regelung schon aus dem Nachlaß ausgeschieden worden sind, sind in den Nachlaß zurückzugewähren. Die Regelung ist bei der Nachlaßverteilung überhaupt nicht zu berücksichtigen. Ein dahingehendes Problem, daß aufgrund dieser Regelung die materielle Rangfolge des Erbrechts für die Verteilung des Nachlasses durcheinandergeraten könnte, kann sich nicht ergeben. Es kann sich nur dort ergeben, wo keine Formanordnung gilt; also im Bereich der mittelbaren schenkweisen Zuwendungen von Todes wegen durch Vertrag zugunsten Dritter; in dem Bereich, in dem sich

1 So zutreffend: Kipp-Coing § 81 II 1 b; Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922 §§ 24, 25; Heck SchuR § 50 Z. 4, § 95 Z. 2; Medicus BR RdNr. 397. A.A.: Bartholomeyczik Erbeinsetzung S. 195 f; Wieacker S. 271, 274 - 276; Brox Rdnr. 742, 743.

2 Vgl. Mugdan Bd. V Motive S. 185 - 187, Protokolle S. 761, 762.

die Freistellung von den erbrechtlichen Formen durchgesetzt hat. Dort stellt sich die Frage, ob eine mittelbare schenkweise Zuwendung von Todes wegen, die durch Vertrag zugunsten Dritter ohne Beachtung der erbrechtlichen Formen wirksam vorgenommen werden kann, wegen ihres materiell erbrechtlichen Charakters bei der Verteilung des Nachlasses wie eine Vermächtnisregelung zu behandeln ist.¹ Diese mittelbaren schenkweisen Zuwendungen von Todes wegen sind aber nicht das Thema der vorliegenden Arbeit, die sich auf die unmittelbaren schenkweisen Zuwendungen von Todes wegen beschränkt. Mit einer von der Formproblematik unabhängigen, von ihr zu sondernden Einordnungsproblematik werden wir uns somit im Rahmen dieser Arbeit nicht zu beschäftigen haben.

Die Formproblematik, um die es in dieser Arbeit geht, hat nichts mit der rechtspolitischen Frage zu tun, ob die Formen, die das BGB für die Verfügungen von Todes wegen vorsieht, zweckmäßig oder unzweckmäßig sind.² Diese nur de lege ferenda diskutierbare Frage darf zur Lösung des uns de lege lata gestellten Problems, ob und wann unmittelbare schenkweise Zuwendungen von Todes wegen der erbrechtlichen Formen bedürfen, nicht - auch nicht unterschwellig - herangezogen werden. Die hier zu behan-

1 Dafür: Kipp-Coing § 81 V 2 c; Medicus BR RdNr. 397; von Lübtow S. 1237, 1238; Harder S. 164 f; Finger WM 1970, 374, 377, 378; Zehner ACP 153, 424, 450 f, 453, 454; Hoffmann ACP 158, 178, 194, 204. A.A. ist die Rechtsprechung, die - konsequent ihrer Ausgangsthe- these vom Vorliegen eines lebzeitigen Schenkungsvertrages im Valutaverhältnis folgend (vgl. die Nachweise in Anm. zu S.) - den Nachlaßgläubigern und Pflichtteilsberechtigten nur die Sicherungsmittel gewährt, die gegen lebzeitige Schenkungen des Erblassers bestehen (§§ 3 Nr. 3 und 4 AnfG, 32 KO, 2325 ff BGB). Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung sind die Entscheidungen: RGZ 62, 46, 48; RGZ 128, 187, 189, 190; RGZ 153, 220, 228. Die Kommentarliteratur folgt der Rechtsprechung: Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 13-15; Erman-Hense § 2301 RdNr. 9-12; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 4 a; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 17, 18.

2 Vgl. dazu Boehmer Reichsgerichtspraxis III S. 293.

delnde Problematik ist die des de lege lata geltenden Anwendungsbereichs der erbrechtlichen Formvorschriften. Dabei können nur die Formzwecke, die hinter diesen Formvorschriften stehen, eine Rolle spielen. Der von den Formzwecken her zu bestimmende Anwendungsbereich der erbrechtlichen Formen ist unabhängig davon, ob diese Formzwecke durch die erbrechtlichen Formen mehr oder weniger gut realisiert werden. Wer diese Realisierung für mißglückt hält, mag unbewußt dahin tendieren, diesen Anwendungsbereich eng zu halten. Diese Betrachtungsweise wäre aber verkehrt. Das Gesetz hat unzweideutig bestimmt, durch welche Formen die erbrechtlichen Formzwecke realisiert werden sollen. Darüber kann nur de lege ferenda und nicht de lege lata gestritten werden. Genausowenig wie man in dem unmittelbaren Anwendungsbereich dieser Formvorschriften - dem Bereich der Regelungen, die schon äußerlich als Rechtsnachfolgeanordnungen von Todes wegen ausgestaltet sind - von den vom Gesetz vorgeschriebenen Formen abweichen kann, kann man dies in dem "erweiterten" Anwendungsbereich tun, der sich daraus ergibt, daß den Verfügungen von Todes wegen essentiell gleiche Regelungen eine Gleichbehandlung erheischen. Die Ermittlung dieses "erweiterten" Anwendungsbereiches ist das Thema dieser Arbeit. Ist dieser Anwendungsbereich einmal ermittelt, so sind in diesem Bereich die de lege lata vorzufindenden erbrechtlichen Formen anzuwenden.

A § 2301 OHNE EINSCHALTUNG EINER MITTELSPERSON

I. Die Schenkung auf den Todesfall ohne Berücksichtigung des § 2301; dargestellt an Hand eines Beispiels

G 1, der eine Forderung gegen S hat, tritt diese mündlich unter der aufschiebenden Befristung seines eigenen Todes und der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des G 2 an G 2 ab. G 1 und G 2 sind sich darüber einig, daß Rechtsgrund für den Erwerb des G 2 eine Schenkung des G 1 an G 2 sein soll. G 1 stirbt. G 2 überlebt ihn. Damit erwirbt G 2 im Zeitpunkt des Todes des G 1 die Forderung gegen S. Die Erben des G 1 möchten die Forderung von G 2 konzipieren.

Gäbe es den § 2301 nicht, so bestünde kein Zweifel daran, daß ein solcher Kondiktionsanspruch der Erben nicht besteht. Rechtsgrund des Forderungserwerbes des G 2 wäre ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen G 1 und G 2, wobei es unter dem Gesichtspunkt der Schenkungsform gleichgültig wäre, ob von einer formlos gültigen Handschenkung gem. § 516 oder von einer formpflichtigen Versprechensschenkung gem. § 518 Abs. 1 auszugehen wäre. Letzterenfalls würde der Mangel der Form spätestens im Zeitpunkt des Forderungserwerbs im Augenblick des Todes des G 1 gem. § 518 Abs. 2 geheilt. Erörterungswürdig wäre ausschließlich die im Ergebnis zu verneinende Frage, ob dem Schenkungsvertrag seine den Rechtserwerb des G 2 rechtfertigende Wirkung unter dem Gesichtspunkt der Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften zu versagen wäre.

Von einer rechtsgeschäftlichen Umgehung einer gesetzlichen Norm kann man dann sprechen, wenn das Rechtsgeschäft zwingend ("exklusiv") dem Sinn dieser Norm - der "sententia legis" - unterfällt, sich aber durch

seine äußere Gestaltung den Voraussetzungen dieser Norm - den "verba legis" - entzieht.¹ Ist dies der Fall, so ist diese Norm auf das Rechtsgeschäft direkt anzuwenden.² Als "umgangene" Vorschriften kommen hier die erbrechtlichen Formvorschriften in Betracht. Die Zuwendung des G 1 an G 2, die sich in ihrer äußeren Gestaltung als Schenkung iSd. §§ 516 ff darstellt, könnte in der Sache als Vermächtnis einzuordnen sein. Ein Vermächtnis kann indes nur³ durch Testament oder durch Erbvertrag angeordnet werden (§§ 1939, 1941). Da eine mündliche Anordnung eines Vermächtnisses weder der Testamentsform (§§ 2231 ff, 2247 ff) noch der Erbvertragsform (§§ 2276 ff) entspricht, ist eine solche Anordnung gem. § 125 nichtig. Gemäß dem oben genannten Grundsatz für Umgehungsgeschäfte⁴ könnte somit eine mündliche Anordnung, die

1 Vgl. insbes. Flume AT § 20 Z. 2 b cc. In der Sache ebenso: Larenz AT § 22 II; Brox AT RdNr. 282; Staudinger-Coing § 117 RdNr. 21; Soergel-Hefermehl § 134 RdNr. 38; Müller-Freienfels S. 272 f; Hachenburg JW 1930, 2655. Vgl. auch RGZ 100, 210, 212; BGHZ 21, 221, 224-227. Auf den subjektiven Willen der Parteien zur Gesetzesumgehung kommt es nicht an; vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey AT § 190 III 3.

2 Vgl. Flume AT § 17 Z 5; Soergel-Hefermehl aaO. Spricht die "umgangene Norm" die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts aus, so folgt die Nichtigkeit des "Umgehungsgeschäftes" aus eben dieser Norm. Eines Umweges über § 134 oder § 138 bedarf es nicht. Dies wird oft verkannt; vgl. etwa Palandt-Heinrichs § 134 Anm. 4.

3 Diese exklusive Geltung des Erbrechts wird später noch begründet werden. Hier soll sie zunächst einmal vorausgesetzt werden, da nur unter dieser Voraussetzung eine Umgehung in Betracht kommt und hier nur gezeigt werden soll, daß selbst unter dieser Voraussetzung in unserem Ausgangsfall kein Umgehungsgeschäft vorliegt.

4 Dazu, daß die Grundsätze über Umgehungsgeschäfte auch für die Umgehung von gesetzlichen Formvorschriften gelten, vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey AT § 190 III 2.

zwar nicht nach den "verba", wohl aber nach der "sententia legis" ein Vermächtnis darstellt, nichtig sein.

Es fragt sich somit, ob in unserem Ausgangsfall die essentiellen Merkmale eines Vermächtnisses vorliegen.

Durch ein Vermächtnis erhält der Vermächtnisnehmer für den Fall, daß er den Erblasser überlebt (§ 2160; sog. "Überlebensbedingung"), gegen den Erben¹ einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes (§ 2174). Das Vermächtnis ist Einzelzuwendung von Todes wegen. In unserem Fall geht es auch um eine Einzelzuwendung, da G 2 nicht Gesamtrechtsnachfolger des G 1 werden, sondern nur die Forderung gegen S erwerben soll. Außerdem soll der Erwerb nur dann erfolgen, wenn G 2 den G 1 überlebt. Überlebt G 2 nicht, so soll die ihm zugedachte Forderung nicht von seinen Erben erworben werden. In Anbetracht der §§ 2160, 1923 Abs. 1 kann kein Zweifel daran bestehen, daß diese Überlebensbedingung charakteristisch für einen Erwerb von Todes wegen ist.² Die Mitglieder der zweiten Kommission bezeichneten die Regelung, daß nach unserem Recht ein Erwerb von Todes wegen nur bei Überleben des Bedachten in Betracht kommt, der Erwerb also nicht bei den Erben des Bedachten eintritt, als einen "leitenden Grundsatz" unseres Erbrechts.³ Damit ist aber nur gesagt, daß ein Erwerb ohne Überlebensbedingung kein Erwerb von Todes wegen ist⁴, nicht aber, daß jeder Erwerb unter der Überlebensbedingung ein Erwerb von Todes wegen ist.

1 Der Beschwerte muß nicht der Erbe sein, § 2147. Transponiert man aber unseren Ausgangsfall in die "Vermächtnisform", so sind die Erben die Beschwerten.

2 Das ist allgemein anerkannt. Vgl. Kegel S. 40; Harder S. 25 ff; Boehmer, Reichsgerichtspraxis III, S. 293 ff.

3 Mugdan Bd. V, Protokolle S. 385.

4 Vgl. Harder S. 32; Kegel S. 40.

Das zeigt schon das Beispiel der entgeltlichen Rechtsgeschäfte. Hätte G 1 mit dem G 2 über die Forderung einen durch die Überlebensbedingung aufschiebend bedingten Kaufvertrag abgeschlossen, so befänden wir uns trotz der Überlebensbedingung außerhalb des erbrechtlichen Regelungsbereiches.¹ Die Zuwendung des G 1 würde dann nicht eine Rechtsnachfolgeregelung "mortis causa" bezwecken, sondern einen entgeltlichen Gütertausch. Entgeltlicher Gütertausch ist aber, selbst wenn er unter die Überlebensbedingung gestellt wird, nicht exklusiv an die Formstrenge der Verfügungen von Todes wegen gebunden. Die Verfügungen von Todes wegen sind die rechtstechnischen Mittel zur Durchsetzung der gewillkürten Erbfolge. Die gewillkürte Erbfolge erlaubt dem Erblasser, den Nachlaß anders zu verteilen, als er nach der gesetzlichen Erbfolge verteilt würde. Die gesetzliche Erbfolge enthält eine Gesamtregelung für die Verteilung des Nachlasses für den Fall, daß der Erblasser keine diesbezügliche Anordnung trifft. Die gesetzliche Erbfolge regelt für diesen Fall die Rechtsnachfolge "mortis causa". Diese Rechtsnachfolge ist unentgeltlicher Natur. An der Qualität dieser unentgeltlichen Rechtsnachfolge "mortis causa" ändert sich nichts dadurch, daß der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine andere Verteilung - sei es nur quotenmäßig, sei es die Personen der Zuwendungsempfänger betreffend - vornimmt als die, die die Rechtsordnung subsidiär vorgeesehen hat.² Die Formstrenge der Verfügungen von Todes

1 Vgl. RG SeuffA 79 Nr. 13, wo festgestellt wird, daß ein solcher Vertrag keinen Erbvertrag darstellt.

2 Das ist selbst beim Erbvertrag nicht anders, der noch am ehesten zum Mißverständnis einer entgeltlichen Austauschvereinbarung führen kann; vgl. dazu Staudinger-Dittmann Vorb. zu § 2274 RdNr. 10; Planck-Greif Vorb. 2 zu § 2274. Soweit dagegen die h.M. (vgl. etwa BGHZ 36, 65, 70; Brox RdNr. 154) dahingehend formuliert, daß ein Erbvertrag entgeltlicher Natur sein könne, muß man sich darüber im klaren sein, daß die im Erb-

wegen besteht vielmehr geradezu auch deswegen, weil beim Erwerb von Todes wegen immer ein unentgeltlicher Erwerb in Frage steht, an dem naturgemäß ein großes Interesse besteht. In Anbetracht der wegen der Unentgeltlichkeit des Erwerbs zu erwartenden Konflikte zwischen den Nachlaßinteressenten besteht ein Bedürfnis für den durch die erbrechtlichen Formen gewährleisteten Authentizitätsschutz.¹ Bei entgeltlichem Gütertausch trifft dies nicht zu; und zwar auch dann nicht, wenn er unter die Überlebensbedingung gestellt wird. Daß derjenige, der aufgrund eines - wenn auch durch die Überlebensbedingung bedingten - Kaufvertrages erworben hat, zur Rechtfertigung dieses Erwerbs nicht auf die Einhaltung erbrechtlicher Vorschriften angewiesen ist,² ist für sich genommen fast eine Selbstverständlichkeit; es zeigt aber, daß die Überlebensbedingung, die - wie Gesetzestext (§§ 1923 Abs. 1, 2160) und Entstehungsgeschichte ausweisen - für die Annahme eines Erwerbs von Todes wegen notwendig ist, für einen solchen Erwerb nicht ausreichend ist. Außer den Merkmalen der Einzelzuwendung und und der Überlebensbedingung, die in unserem Ausgangsfall gegeben sind, muß es also noch weitere für einen Vermächtniserwerb essentielle Merkmale geben.

Als erster Umstand ist hier - wie sich aus dem zuletzt

(Forts.)

vertrag enthaltene Rechtsnachfolgeregelung als solche nicht wegen eines Entgelts, sondern "mortis causa" erfolgt. Mag der Erblasser auch die Bindungswirkung gegenüber einem bestimmten Vertragspartner im Hinblick auf ein Entgelt eingehen, so trifft er doch die Rechtsnachfolgeregelung als solche um ihrer selbst willen im Hinblick auf seinen Tod. Dazu genauer S. 139 Vgl. auch Kipp-Coing § 36 IV 1.

1 Vgl. Kipp-Coing § 19 II 1.

2 Dazu, daß in diesem Fall die erbrechtlichen Formvorschriften nicht gelten, vgl. Kegel S. 38; Harder S. 47; Brox RdNr. 744; Flume AT § 11 Z. 6 d.

Gesagten ergibt - die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu nennen. Da die Unentgeltlichkeit aber auch essentielles Merkmal einer Schenkung iSd. §§ 516 ff ist (vgl. § 516 Abs. 1), weist unser Ausgangsfall auch insoweit noch keine Abweichung auf.

Eine Abweichung fällt allerdings sofort auf. In unserem Ausgangsfall erwirbt G 2 automatisch mit dem Tode des G 1 die Forderung gegen S. Hätte G 1 dagegen den G 2 mit einem Vermächtnis bedacht, so hätte dieser gem. § 2174 nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben erworben, der darauf gerichtet gewesen wäre, daß diese ihm die Forderung gegen S abtreten. Der Gesetzgeber hat aus vielerlei Gründen - insbesondere zum Schutze der Nachlaßgläubiger - ein dinglich wirkendes Vindikationslegat zugunsten eines nur schuldrechtlich wirkenden Damnationislegates abgelehnt.¹ Diese Erwägung führt indes an dieser Stelle nicht weiter. Hier soll geprüft werden, ob im Ausgangsfall in der Sache ein Vermächtnis vorliegt. Die Unterscheidung zwischen Vindikationslegat und Damnationislegat (dingliche Zuordnung oder schuldrechtlicher Anspruch) betrifft aber nicht die Frage, ob ein Vermächtnis vorliegt, sondern bezieht sich auf die Wirkungen eines vorliegenden Vermächtnisses. § 2174, der die Anordnung des Damnationislegates enthält, bestimmt nicht die Voraussetzungen eines Vermächtnisses, sondern ordnet für den Fall eines Vermächtnisses als Rechtsfolge an, daß die Zuordnung des vermachten Gegenstandes nicht unmittelbar und dinglich erfolgt, sondern daß auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Anspruches des Bedachten gegen den Beschwerten von diesem die dingliche Zuordnung noch vollzogen werden muß. Die Tatsache, daß G 2 beim Tode des G 1 automatisch die Forderung gegen S erwirbt, kann also bei der Frage nach den essentiellen Voraussetzungen eines Vermächtnisses keine Rolle spielen.

¹ Mugdan Bd. V, Motive S. 70 ff.

Diese Tatsache kann erst auf einer anderen Ebene relevant werden. Sollte sich nämlich herausstellen, daß es sich hier in der Tat in der Sache um eine Vermächtnisanordnung handelt, so wäre außer der Frage nach der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften auf das "schenkungsrechtliche" Kausalverhältnis noch die Frage zu stellen, ob nicht auch der unmittelbare und dingliche Erwerb der Forderung in Anbetracht der gesetzgeberischen Entscheidung gegen das Vindikationslegat und in Anbetracht des eng damit zusammenhängenden Grundsatzes der Unversalsukzession anzuzweifeln wäre.¹

Bis hierhin läßt sich also zusammenfassend feststellen: Der einzige Unterschied zwischen dem Ausgangsfall und einer Vermächtnisanordnung gibt für die sachliche Einordnung dieses Falles nichts her, während die bisher gefundenen materiellen Kriterien für eine Vermächtniszugewendung - Einzelzugewendung, Überlebensbedingung, Unentgeltlichkeit - auch für den Ausgangsfall zutreffen.

Trotzdem wäre eine Gleichstellung verfrüht. Ließe sie doch das entscheidende materielle Kriterium eines Erwerbs aufgrund einer Verfügung von Todes wegen außer Betracht. Die Bezeichnung "Verfügung" von Todes wegen ist mißverständlich, weil das BGB ansonsten unter einer Verfügung ein Rechtsgeschäft versteht, das auf ein Recht einwirkt, indem es dieses Recht aufhebt, überträgt, belastet oder in sonstiger Weise inhaltlich ändert, wobei die Verfügung die gewollte Rechtsänderung dadurch herbeiführt, daß sie den Verfügungsgegenstand ergreift, an dem die Rechtsänderung eintreten soll.²

1 Zu diesen Bedenken vgl. Hinz JuS 1965, 299, 302; Julius Lehmann, ArchBürgR 1911, 81 ff, 100; Kipp-Coing § 81 II 1 c.

2 Vgl. statt aller: BGHZ 1, 294, 304; Staudinger-Coing Vorb. zu § 104 RdNr. 360.

Die "Verfügung" von Todes wegen ist anders strukturiert.¹ Bei ihr fallen die Vornahme des Rechtsgeschäftes (Errichtung des Testamentes bzw. Abschluß des Erbvertrages) und der Eintritt der Rechtswirkungen dieses Rechtsgeschäftes - im Augenblick des Todes des Erblassers - zeitlich auseinander. Die Vornahme des Rechtsgeschäftes ergreift die Verfügungsgegenstände nicht. Der Erblasser kann noch nach der Vornahme der Verfügung von Todes wegen über alle Gegenstände seines Vermögens unter Lebenden frei verfügen. Dies beruht darauf, daß die Verfügung von Todes wegen nichts anderes darstellt als das Mittel, das die Rechtsordnung dem Einzelnen zur Verfügung stellt, um es ihm zu ermöglichen, privatautonom zu bestimmen, wer im Augenblick seines Todes Rechtsnachfolger in sein Vermögen werden soll.² Die Verfügung von Todes wegen ist eine Anordnung des Erblassers für den Fall seines Todes. Erst in diesem Augenblick äußert sie Rechtswirkungen und dementsprechend ergreift sie nur die Gegenstände, die in diesem Zeitpunkt zum Erblasservermögen gehören.³ Die positivrechtlichen Normierungen der §§ 2169 Abs. 1, 2286 ergeben sich unmittelbar aus dieser Funktion der Verfügungen von Todes wegen, eine Anordnung für den Todesfall zu ermöglichen. Eine Anordnung für den Todesfall beinhaltet, daß zu Lebzeiten des Erblassers keine seine Verfügungsfreiheit beschränkenden Rechtswirkungen eintreten. Mit der Verfügung von Todes wegen regelt der Erblasser das rechtliche Schicksal seines Nachlasses, d.h. der Vermögensgegenstände, die er "nachläßt". Er regelt mit dieser Verfügung nicht das Schicksal seines gegenwärtigen Vermögens. Dies tut er durch Verfügungen unter Lebenden, die dieses gegenwärtige Vermögen ergreifen.

1 Zum Folgenden vgl. statt aller: Lange-Kuchinke § 1 VI 2, § 16 II; Brox RdNr. 91; Flume AT § 11 Ziff. 6.

2 Vgl. Kegel S. 34f; Wieacker S. 276; Flume AT a.a.O.

3 Vgl. Kegel S. 39; Flume a.a.O.

Verfügung von Todes wegen und Verfügung unter Lebenden unterscheiden sich somit schon von der Intention des Verfügenden her. Im ersten Fall intendiert er eine Nachlaßregelung; im zweiten Fall will er eine Regelung betreffs seines gegenwärtigen Vermögens treffen.¹

Der völligen Freiheit des Erblassers in bezug auf sein gegenwärtiges Vermögen korrespondiert bei der Verfügung von Todes wegen auf der anderen Seite die völlige Schutzlosigkeit der Erben und Vermächtnisnehmer. Zu Lebzeiten des Erblassers haben sie ausschließlich eine rein tatsächliche Aussicht, die rechtlich ungeschützt ist;² kann

1 Dieser "subjektive" Unterschied wird in den Fällen wichtig werden, in denen ein Schenker durch Einschaltung einer Mittelsperson gegenwärtiges Vermögen verschenken will, dann aber verstirbt, bevor die Mittelsperson den Rechtserwerb des zu Beschenkenden vermittelt hat, so daß die Mittelsperson bei der Vornahme der Zuwendung objektiv den Nachlaß schmälert. Trotzdem haben wir es, da keine intendierte Nachlaßregelung vorliegt, nicht mit einer Verfügung von Todes wegen zu tun. Dazu im einzelnen S. 182 ff.

2 Vgl. statt aller BGHZ 12, 116, 118; Brox RdNr. 91; Flume a.a.O. Die Schutzlosigkeit des durch eine Verfügung von Todes wegen Bedachten ist aber nur die notwendige Reflexwirkung einer solchen Verfügung. Aus der Notwendigkeit folgt, daß ein Erwerb aufgrund einer Verfügung von Todes wegen nicht vorliegen kann, wenn der Erwerber schon zu Lebzeiten des Verfügenden eine rechtlich geschützte Position bezüglich eines bestimmten Vermögensgegenstandes des Verfügenden erwirbt. Daraus, daß diese Schutzlosigkeit Reflexwirkung ist, folgt, daß die Feststellung einer rechtlich ungeschützten Position eines Erwerbers zu Lebzeiten des Verfügenden noch nicht zwingend zu einem Erwerb aufgrund einer Verfügung von Todes wegen führt. Führt die Voraussetzung A notwendig (immer) zur Wirkung B, so kann aus dem Nichtvorliegen von B auf das Nichtvorliegen von A geschlossen werden. Aus dem Vorliegen von B kann aber nicht zwingend auf das Vorliegen von A geschlossen werden. Dies ist nur zulässig, wenn B nur durch A herbeigeführt werden kann.

Es wird aber noch dargelegt werden, daß ein Erwerb aufgrund einer lebzeitigen Verfügung auch dann noch in Betracht kommen kann, wenn der Erwerber zu Lebzeiten des Verfügenden keine gesicherte Position hat. Dies hängt damit zusammen, daß eine Verfügung von To-

doch der Erblasser jederzeit über alle Gegenstände seines Vermögens frei verfügen.

Es ist somit undenkbar, daß bei einer Verfügung von Todes wegen der durch die Verfügung Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers aufgrund der Verfügung eine rechtlich gesicherte Position bezüglich eines Gegenstandes des Erblasservermögens erwirbt.

Dies trifft aber für unseren Ausgangsfall nicht zu. Zwar ist es auch bei einer aufschiebend bedingten Verfügung unter Lebenden so, daß die Vornahme des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der Eintritt des Verfügungserfolges zeitlich auseinanderfallen. Auf den ersten

(Forts.)

des wegen nur dann vorliegt, wenn der Verfügende das Schicksal seines Nachlasses und nicht das Schicksal seines lebzeitigen Vermögens regeln will. Will er eine Regelung betreffs seines lebzeitigen Vermögens treffen, so liegt eine Verfügung von Todes wegen, die Nachlaßanordnung ist, auch dann nicht vor, wenn sich diese Regelung zufällig erst nach dem Tode des Verfügenden auswirkt. Eine rechtlich ungeschützte Position eines Verfügungsempfängers zu Lebzeiten des Verfügenden beruht nur dann auf einer Verfügung von Todes wegen, wenn sie durch eine gewollte Nachlaßregelung herbeigeführt worden ist.

Will der Verfügende sein lebzeitiges Vermögen vermindern, also keine Nachlaßregelung treffen, und gelingt es ihm, diese Verminderung zu seinen Lebzeiten herbeizuführen (dies ist der Normallfall), so kann schon allein wegen der objektiven Vermögensminderung zu Lebzeiten des Verfügenden, die durch eine Verfügung von Todes wegen nicht erreicht werden kann, das Vorliegen einer solchen Verfügung verneint werden. Gelingt ihm die Herbeiführung dieser Verringerung zu seinen Lebzeiten nicht mehr, obwohl er sie will (dies kann nur bei Einschaltung einer Mittelsperson der Fall sein), so wird objektiv erst der Nachlaß durch die Verfügung betroffen. Eine Verfügung von Todes wegen liegt aber trotzdem nicht vor, weil eine Nachlaßanordnung nicht getroffen worden ist. Dazu im einzelnen S.

Blick scheinen somit "Verfügung von Todes wegen" und "durch die Überlebensbedingung aufschiebend bedingte Verfügung unter Lebenden" ganz gleich strukturiert zu sein, da in beiden Fällen der rechtsgeschäftliche Tatbestand schon zu Lebzeiten des Verfügenden vollendet wird, während der Rechtserwerb des Bedachten bzw. des Verfügungsempfängers erst im Augenblick des Todes des Verfügenden eintritt. Der entscheidende Unterschied besteht aber darin, daß die aufschiebend bedingte Verfügung den Verfügungsgegenstand sofort ergreift. Durch die aufschiebend bedingte Verfügung wird nämlich die Verfügungsmacht des bedingt Verfügenden über den Verfügungsgegenstand gem. § 161 Abs. 1 eingeschränkt.¹ Die Beschränkung der Verfügungsmacht des bedingt Verfügenden besteht gem. § 161 Abs. 1 Satz 1 darin, daß er keine Verfügungen mehr treffen kann, die im Falle des Eintritts der Bedingung Bestand haben, wenn ihr Bestand die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Tritt also in unserem Ausgangsfall G 1 die Forderung gegen S nach der bedingten Abtretung an G 2 an G 3 ab, wozu er als Rechtsinhaber noch im Stande ist, und tritt dann die Überlebensbedingung ein, so erwirbt G 2 die Forderung. Die Zwischenverfügung - die Abtretung des G 1 an G 3 - wird mit Eintritt der Bedingung unwirksam. G 3 kann sich auch nicht auf § 161 Abs. 3 berufen, da es einen gutgläubigen Forderungserwerb nicht gibt.

§ 161 Abs. 1 Satz 1 schützt den G 2 auch dann, wenn G 1 die Forderung während der Schwebezeit bei S einzieht. Die Annahme einer geschuldeten Leistung als Erfüllung

1 Zur aufschiebend bedingten Verfügung vgl. statt aller: Staudinger-Coing Vorb. vor §§ 158 ff RdNr. 5; Larenz AT § 25 III b; Flume AT § 39 Ziff. 3 a; Soergel-Knopp § 161 RdNr. 1.

stellt nämlich eine Verfügung über die Forderung dar,¹ die mit Eintritt der Bedingung unwirksam wird, so daß auch in diesem Fall G 2 mit Bedingungseintritt die Forderung erwirbt.²

Eine andere Frage ist die des Schuldnerschutzes. Zahlt der gutgläubige Schuldner während der Schwebezeit an G 1, so wird er selbstverständlich geschützt (§ 407 Abs. 1 analog).³ Wird nämlich schon der gutgläubige Schuldner geschützt, der nach einer unbedingten Abtretung an den gar nicht mehr berechtigten Altgläubiger leistet, so muß erst recht der gutgläubige Schuldner geschützt werden, der nach einer bedingten Abtretung an den durch § 161 Abs. 1 Satz 1 in der Verfügung beschränkten Gläubiger leistet. Dies bedeutet aber nicht, daß der rechtliche Schutz, den derjenige genießt, der eine Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung erwirbt, in diesem Fall wertlos wäre. Zum einen handelt es sich bei § 407 Abs. 1 nur um ein Einrederecht des Schuldners.⁴

1 So zutreffend: Ehmann NJW 1969, 1833, 1835; Fikentscher SchuR § 38 II 6; Flume AT § 39 Z. 3 a; Palandt-Heinrichs § 362 Anm. 1. Wer meint, dies - vom Boden der Theorie der realen Leistungsbewirkung aus - leugnen zu müssen (Larenz SchuR I § 18 I 4; Erman-H.P. Westermann § 362 RdNr. 2 ff), der kommt hier zu keinem anderen Ergebnis, da nach dieser Theorie eine Leistung an einen in der Verfügung beschränkten Gläubiger keine Erfüllungswirkung hat, weil einem solchen Gläubiger die "Empfangszuständigkeit" fehlt; vgl. Erman-H.P. Westermann § 362 RdNr. 5.

2 So zutreffend: von Tuhr AT Bd. II, 2. Hb, S. 301 ff; Flume AT a.a.O.; Soergel-Knopp § 161 RdNr. 3; a.A. Pohle, Festschrift für Lehmann, S. 736 ff, 741-743, der § 161 Abs. 1 hier nicht anwenden will. Diese Ausführungen sind aber abzulehnen, da Pohle die Frage des Erwerbes des bedingt Berechtigten unzulässig mit der Frage des Schutzes des Schuldners gem. § 407 vermengt.

3 Vgl. Flume a.a.O.; Soergel-Knopp a.a.O., die aber beide ungenau von einer direkten Anwendung des § 407 Abs. 1 sprechen.

4 Heute unstreitig; vgl. statt aller BGHZ 52, 150, 153, 154 m.w.N.

Es steht also gar nicht fest, daß § 407 Abs. 1 in einem solchen Fall zu Ungunsten des Erwerbers zur Anwendung kommt. Zum anderen - und dies ist wichtiger - kann sich der Erwerber dadurch schützen, daß er den Schuldner durch eine Mitteilung von der aufschiebend bedingten Abtretung bösgläubig macht. Letztendlich verbleiben dem Erwerber für den Fall, daß § 407 Abs. 1 zu seinen Ungunsten eingreift, Ansprüche gegen den Veräußerer gemäß § 816 Abs. 2 und § 160 Abs. 1.

Der Schutz des Erwerbers kommt nicht nur bei Zwischenverfügungen des Veräußerers zum Tragen. Vielmehr werden beim Eintritt der Bedingung auch durch Einzelzwangsvollstreckung gegen den Veräußerer in der Schwebezeit begründete Pfändungspfandrechte und - falls der Veräußerer in Konkurs gefallen ist - in der Schwebezeit durch den Konkursverwalter getroffene Verfügungen gem. § 161 Abs. 1 Satz 2 unwirksam. Der Erwerber ist also auch dagegen geschützt, daß der Verfügungsgegenstand in der Schwebezeit zur Befriedigung der Gläubiger des Veräußerers verwendet wird.

Bedenkt man ferner noch, daß der bedingt Verfügende sich von dem bindend gewordenen Verfügungsgeschäft nicht mehr durch einseitigen Widerruf lösen kann, so läßt sich für unseren Ausgangsfall zusammenfassend feststellen, daß der Forderungserwerb des G 2 lediglich von dem Eintritt der Bedingung abhängt. Weder G 1 noch irgendein Dritter können diesen Rechtserwerb verhindern. Auch der Schuldnerschutz (§ 407 Abs. 1) vermag diesen Rechtserwerb nicht zu vereiteln. Er vermag nur ein Einrederecht des Schuldners zu begründen, das aber - wie gezeigt - die Position des G 2 nicht entwertet. Zu Lebzeiten des G 1 hat somit G 2 nicht nur eine rein tatsächliche Aussicht auf den Rechtserwerb beim Tode des G 1, sondern eine - u.a. durch die §§ 160, 161 - rechtlich geschützte Position. Für diese Position hat sich die Bezeichnung "Anwart-

schaftsrecht" eingebürgert.¹ Genau genommen ist dieser Begriff des Anwartschaftsrechtes nicht mehr als eine zusammenfassende Bezeichnung für die "Kehrseite"² aller rechtlichen Bindungen, denen derjenige, der aufschiebend bedingt verfügt hat, bereits vor Eintritt der Bedingung unterworfen ist.³

Diese rechtlichen Bindungen des G 1 zu seinen Lebzeiten sind der essentielle Unterschied zu einer Verfügung von Todes wegen, bei der der Erblasser bewußt und gewollt bezüglich der Gegenstände seines gegenwärtigen Vermögens rechtlich ungebunden bleibt.⁴ Ein Rechtsgeschäft, durch das derjenige, der es vornimmt, schon zu seinen Lebzeiten seine Rechtsmacht über einen Gegenstand seines gegenwärtigen Vermögens einschränken will, gehört nicht in den Funktionsbereich des Erbrechts. Das Erbrecht beschäftigt sich nur mit dem rechtlichen Schicksal des Nachlasses. Verfügungen von Todes wegen sind auf den Nachlaß bezogene Anordnungen. Durch eine Vermächtnisanordnung bestimmt der Erblasser, daß bei seinem Tode der Vermächtnisnehmer den Vermächtnisgegenstand aus dem Nachlaß erhalten soll. Der Erblasser will durch diese Anordnung nicht seine Freiheit einschränken, den Gegenstand vorher durch Rechtsgeschäft unter Lebenden anders verge-

1 Vgl. statt aller: BGHZ 20, 88, 93 ff.; Larenz AT § 25 III c; Flume AT § 39 Z. 2; jeweils m.w.N.

2 Larenz a.a.O.

3 Der Begriff des Anwartschaftsrechtes ist deshalb zur juristischen Problemlösung untauglich. Er kann nur Darstellungsfunktion haben. Aber auch insoweit ist er nur von begrenztem Nutzen; vgl. Kupisch JZ 1976, 417 ff.

4 BGHZ 8, 23, 30; BGHZ 31, 13, 15, 20; BGH DNotZ 66, 620, 621. Ebenso: RG SeuffA 77 Nr. 60; OLG Düsseldorf NJW 1954, 1041, 1042; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III 1. Hälfte, 204, 205; Heck, SchuR § 95 Z. 2; Staudinger-Lehmann Vorbem. zu § 1937 RdNr. 12.

ben zu können, so daß der Gegenstand gar nicht in den Nachlaß fällt und die Vermächtnisanordnung gemäß § 2169 Abs. 1 gegenstandslos wird. Durch die Vermächtnisanordnung trifft der Erblasser eine Regelung für den Fall, daß sich der Vermächtnisgegenstand bei seinem Tode noch im Nachlaß befindet. Ob er sich dort wirklich befinden und der Erwerb des Vermächtnisnehmers tatsächlich stattfinden wird, wird durch die Vermächtnisanordnung nicht entschieden. Nimmt der Verfügende dagegen unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des Verfügungsempfängers über einen Gegenstand seines gegenwärtigen Vermögens eine Verfügung vor, so entfällt für den Verfügenden gemäß § 161 die Möglichkeit einer anderweitigen Vergabe. Hic et nunc wird über das endgültige Schicksal dieses Gegenstandes seines gegenwärtigen Vermögens für den Fall entschieden, daß der Verfügungsempfänger den Verfügenden überlebt. Für diesen Fall wird schon jetzt eine endgültige Regelung getroffen, während beim Vermächtnis, das auch nur für diesen Fall gilt (vgl. § 2160), die endgültige Entscheidung erst dadurch fällt, daß der Erblasser nach der Vermächtnisanordnung zu seinen Lebzeiten über den Vermächtnisgegenstand nicht noch anderweitig verfügt (vgl. § 2169 Abs. 1).

Daß in dem hier ausschließlich interessierenden Fall des Eintritts der Bedingung der Erwerb des Verfügungsempfängers durch ein lebzeitiges Rechtsgeschäft erfolgt, bedürfte gar keiner weiteren Erläuterung, wenn der Gesetzgeber konstruktiv dem Bedingungseintritt eine dingliche Rückwirkung beigemessen hätte. Der Rechtserwerb wäre dann bei Bedingungseintritt als ein im Augenblick der Vornahme des Verfügungsgeschäftes erfolgter anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt kommt aber naturgemäß nur ein Erwerb durch ein lebzeitiges Rechtsgeschäft in Betracht.

Der Gesetzgeber hat sich in den §§ 158, 159 gegen die Konstruktion einer dinglichen Rückwirkung entschieden.

Der Rechtserwerb erfolgt gem. § 158 Abs. 1 mit dem Eintritt der Bedingung mit "ex nunc" Wirkung. § 161 Abs. 1 schützt aber den Erwerber praktisch in dem gleichen Umfang, in dem ihn die Konstruktion einer dinglichen Rückwirkung schützen würde.¹ Letztere würde ihm dadurch Schutz gewähren, daß Zwischenverfügungen des Veräußerers unwirksame Verfügungen eines Nichtberechtigten wären. Die Vorschrift des § 161 Abs. 1 sichert seinen Erwerb dadurch, daß sie die Zwischenverfügungen des an und für sich noch berechtigten Veräußerers für unwirksam erklärt. § 161 Abs. 3 erklärt die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb für entsprechend anwendbar; bei einer dinglichen Rückwirkung wären sie direkt anwendbar. Die Ablehnung der Konstruktion der dinglichen Rückwirkung hat also in Anbetracht des § 161 keine besondere Bedeutung.² Die Rechtsfolgen, die gelten sollen, lassen sich ebenso gut mit der Konstruktion einer dinglichen Rückwirkung erklären. Bei einer dinglichen Rückwirkung wäre aber unzweifelhaft ein lebzeitiger Erwerb erfolgt.

Das BGB stellt wertungsmäßig, wie § 161 zeigt, entscheidend auf den Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäftes ab.³ In diesem Augenblick wird - wie es das Reichsgericht formuliert hat⁴ - die rechtliche Grundlage des Rechtserwerbs unabänderlich festgelegt. Eine unabänderliche Festlegung eines Rechtserwerb kann aber durch eine Verfügung von Todes wegen niemals erfolgen (vgl. § 2169 Abs. 1, § 2286).

Aus alledem folgt zwingend, daß es sich in unserem Ausgangsfall nicht nur der äußeren Gestaltung, sondern auch

1 Vgl. Larenz AT § 25 III b.

2 Vgl. auch Flume AT § 39 Z. 1.

3 Vgl. Larenz a.a.O.

4 RGZ 67, 425, 429; vgl. auch RGZ 69, 416, 421.

der Sache nach um ein lebzeitiges Rechtsgeschäft handelt. Eine Umgehung der erbrechtlichen Formvorschriften liegt nicht vor.

II. Die Rechtslage unter Berücksichtigung des § 2301.
Der Meinungsstand zum Vollzugsmerkmal des
§ 2301 Abs. 2

Dieser eindeutige Befund wird nun aber unklar, wenn man zur Lösung den § 2301 hinzuzieht. Dies ist erstaunlich. Es ist deshalb erstaunlich, weil der Ausgangsfall als Fall einer Schenkung auf den Todesfall offensichtlich in den Regelungsbereich des § 2301 fällt und diese Vorschrift nach allgemeiner Meinung die Funktion haben soll, die Umgehung erbrechtlicher Bestimmungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verhindern. Daß eine solche Umgehung im Ausgangsfall nicht vorliegt, wurde bereits festgestellt. Wird dieses Ergebnis durch eine Norm, die Umgehungsgeschäfte dieser Art verhindern soll, nur verunsichert, so liegt der Verdacht nahe, daß entweder die Norm selbst oder aber die Auslegung, die sie in Rechtsprechung und Rechtslehre gefunden hat, verfehlt ist. Die Vertreter der Rechtslehre ziehen es vor, einer unzureichenden gesetzlichen Regelung die Schuld zu geben.²

Wir wollen uns zuerst damit beschäftigen, wie Lehre und Rechtsprechung den § 2301 anwenden. § 2301 regelt die Schenkung von Todes wegen. Eine solche nimmt das Gesetz an, wenn eine Schenkung unter der Bedingung erfolgt, daß

1 RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 1; Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 1; Erman-Hense § 2301 RdNr. 2; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 1; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 I 1; Leipold § 17 I.

2 So z.B. Damrau JurA 1970, 732; Brox RdNr. 708.

der Beschenkte den Schenker überlebt. § 2301 Abs. 1 ordnet die Anwendung der Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen an, wenn eine solche Schenkung in der Form eines "Schenkungsversprechens" vorliegt, während gemäß § 2301 Abs. 2 die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden, wenn der Schenker die Schenkung "durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht". Das Gesetz sieht somit den Leistungsvollzug durch den Schenker als Grenzlinie zwischen dem Regelungsbereich des Erbrechts und dem des Schenkungsrechtes iSd. §§ 516 ff an. Während über die essentielle Bedeutung des Vollzugsmerkmals Einigkeit herrscht,¹ besteht Uneinigkeit über den Inhalt dieses Merkmales.

1. Subjektive Theorie

Eine stark im Vordringen begriffene Ansicht stellt für den Vollzug iSd. § 2301 Abs. 2 nicht auf den Erfüllungserfolg, sondern auf die Erfüllungshandlung des Schenkers ab.² Hat dieser das seinerseits Erforderliche, um dem Beschenkten den Zuwendungsgegenstand zu verschaffen, in der

1 vgl. statt aller: Medicus BR § 16 V 1; Brox RdNr. 711; Kipp-Coing § 81 III 1 c.

2 BGH WM 1971, 1338, 1339. In dieser Entscheidung zu § 2301 nimmt der Bundesgerichtshof Bezug auf seine Entscheidungen BGH WM 1970 638, 639 und BGH WM 1970 1114, 1115, von denen die erste zu § 518 II und die zweite zu § 2325 III ergangen ist. Die Entscheidung BGH WM 1960, 1032, 1034, die sich am Rande mit § 2301 beschäftigt, läßt noch nicht klar erkennen, daß der Bundesgerichtshof auf die Schenkungshandlung abstellen will. In der Literatur stellen auf die Schenkungshandlung ab: Wieacker S. 271, 279; Kegel S. 52; Hinz JuS 1965, 299, 303; Röttemann, NJW 1959, 661; Johannsen WM 1972, 1046; Lange-Kuchinke § 31 III 4 b; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2b im Gegensatz zu § 59 III 2 a.A.; Wiedemann S. 183, 185, aber nur für die "Formfrage", nicht für die "Einordnungsfrage".

Weise getan, daß der Erwerb des Beschenkten sich ohne weitere Handlungen des Schenkers oder seiner Erben vollenden kann, so soll die Schenkung vollzogen sein. Von ihrem handlungsbezogenen Vollzugsbegriff aus stellen die Vertreter dieser Ansicht die rhetorische Frage, was denn noch vollzogen werden solle, wenn der Schenker nichts mehr auszuführen und der Erbe nichts mehr zu tun habe.

Legt man diese Bestimmung des Vollzuges bei unserem Ausgangsfall zugrunde, so kommt man zu einer vollzogenen Schenkung und damit zu einer Anwendung der Vorschriften über die Schenkung unter Lebenden. Mit der Vornahme der aufschiebend bedingten Abtretung an G 2 hat G 1 das seinerseits Erforderliche getan: Der Rechtserwerb des G 2 vollendet sich von selbst, ohne daß G 1 oder später seine Erben noch irgendeine Handlung vornehmen müßten.

Erstaunlich ist dabei aber, daß bei diesem Subsumtionsvorgang dasjenige Merkmal überhaupt nicht in unser Blickfeld gerät, das wir bei unserer Eingangsuntersuchung als das essentielle Unterscheidungsmerkmal zwischen den Verfügungen von Todes wegen und den lebzeitigen Verfügungen erkannt haben; nämlich das Merkmal der rechtlichen Bindung des Verfügenden in bezug auf den Verfügungsgegenstand zu Lebzeiten des Verfügenden. Das muß verwundern, da § 2301 doch die Funktion haben soll, Rechtsgeschäfte, die der äußeren Form nach Rechtsgeschäfte unter Lebenden, der Sache nach aber Verfügungen von Todes wegen sind, dem Erbrecht zu unterwerfen.

Es ist auch nicht so, daß dieses Unterscheidungskriterium in diesem Subsumtionsvorgang nur explizit nicht auftaucht, implizit aber in der Vollzugsformel dieser Ansicht doch enthalten ist. Es ist vielmehr so, daß die Vertreter dieser Ansicht auf dieses Merkmal nicht abstellen. Das zeigt sich, wenn wir unseren Ausgangsfall dahingehend abwandeln, daß G 1 und G 2 zusätzlich noch vereinbaren, daß G 1 bis zu seinem Tode zum einseitigen Widerruf der Schenkung und außerdem zur anderweitigen Verfü-

gung über die Forderung befugt sein soll. Es unterliegt keinem Zweifel, daß von der zu Anfang gewonnenen Position aus- der Abgrenzung der beiden Verfügungsarten ohne Berücksichtigung des § 2301 - in diesem Fall in der Sache eine Verfügung von Todes wegen zu bejahen ist, da hier die rechtliche Bindung des Verfügenden in bezug auf den Verfügungsgegenstand zu Lebzeiten des Verfügenden bewußt nicht herbeigeführt wird. Der überlebende Zuwendungsempfänger bekommt hier beim Tode des Verfügenden nach dessen Willen nur dann unentgeltlich einen einzelnen Gegenstand, wenn und soweit der Verfügende zu seinen Lebzeiten nicht anders disponiert. Diejenigen Autoren, die auf die Erfüllungshandlung des Schenkers abstellen, sind indes insoweit konsequent und bejahen auch hier eine vollzogene Schenkung.¹ Auch hier sind keine

1 Röttemann a.a.O. S. 662; Kegel S. 53, 54; Wieacker S. 279; Hinz a.a.O. S. 303; Lange-Kuchinke a.a.O.; Bartholomeyczik-Schlüter a.a.O.

Die beiden Lehrbücher allerdings mit Einschränkungen, soweit der Schenker Mittelspersonen in den Schenkungsvollzug einschaltet, was uns hier noch nicht interessiert. In der Kommentarliteratur werden diese Autoren z.T. fälschlich dahingehend zitiert, daß nach ihrer Ansicht die Schenkung nur bei einer Bindung des Schenkers vor seinem Tode vollzogen sei. (So die Wiedergabe bei: Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 8; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3 a). Auch die Rechtsprechung hat z.T. bei aufschiebend bedingten Abtretungen trotz gewollt fortbestehender Dispositionsmacht des Abtretenden einen Schenkungsvollzug bejaht. Dabei ist unter Dispositionsmacht hier nicht die Verfügungsbefugnis des an und für sich noch Berechtigten zu verstehen, die wegen § 161 Abs. 1 im Fall des Bedingungseintritts keine wirksame Zwischenverfügung schafft, sondern die durch Einwilligung des "anwartschaftsberechtigten" Abtretungsempfängers bestehende Rechtsmacht des Abtretenden, zu seinen Lebzeiten über die Forderung wirksam anderweitig verfügen zu können, und zwar auch für den Fall des Bedingungseintritts. Für Schenkungsvollzug trotz dieser fortbestehenden Dispositionsmacht: OLG Hamburg NJW 1963, 449, 450; OLG Frankfurt MDR 1966, 503. Deziert anderer Ansicht ist das Kammergericht in NJW 1971, 1808 und WM 1969, 1047, 1048.

weiteren Handlungen des Schenkers für den Rechtserwerb des zu Beschenkenden erforderlich. Es genügt, daß der Schenker den Widerruf bzw. Totalverfügungen unterläßt.

Faßt man den Unterschied zwischen unserer Ausgangsposition und dieser subjektiven,¹ sich mit der Erfüllungshandlung des Schenkers begnügenden Theorie ins Auge, so gibt es nur zwei Möglichkeiten. Entweder gilt der von der Funktion her bestimmte allgemeine Begriff der Verfügung von Todes wegen auch im Rahmen des § 2301; dann ist diese subjektive Theorie falsch. Oder es genügt die Erfüllungshandlung des Schenkers im Rahmen des § 2301 zum Schenkungsvollzug; dann ist der angebliche Sinn und Zweck des § 2301 (Verhinderung von Umgehungsgeschäften) infrage gestellt. Dieser Frage wollen wir jetzt noch nicht weiter nachgehen. Hier soll zunächst nur festgehalten werden, daß die Anwendung der Kriterien dieser - heute stark im Vordringen begriffenen - Meinung zum Vollzugsmerkmal des § 2301 Abs. 2 an ein lebzeitiges Rechtsgeschäft geringere Anforderungen stellt als es die Anwendung allgemeiner Grundsätze tun würde.

2. Opfertheorie

Eine in der Literatur vertretene Gegenmeinung greift zur Bestimmung des Vollzugsbegriffes auf die Vorstellung der Mitglieder der ersten Kommission zurück. In den Motiven zu § 2301 (§ 1963 des ersten Entwurfes) findet sich folgende Ansicht der Mitglieder der ersten Kommission: "Ist die Schenkung vollzogen, so liegt eine Vergabung des Nachlasses nicht vor; der Schenker mindert vielmehr sein Vermögen sofort und unmittelbar".² Diese sofortige Min-

1 Bezeichnung von Damrau JurA 1970, 721.

2 Mugdan Bd. I, Motive S. 186.

derung des Vermögens des Schenkers, die bewirkt, daß noch der Schenker selbst und nicht erst sein Erbe das Vermögensopfer bringt, ist nach dieser Meinung das entscheidende Abgrenzungskriterium. Das "gegenwärtige Opfer" charakterisiert danach die Verfügung unter Lebenden.¹

An dieser Ansicht fällt zunächst einmal ihre juristische Unschärfe auf. An die Stelle einer subsumtionsfähigen juristischen Aussage tritt ein bildlicher Ausdruck, der außerdem mehr dem wirtschaftlichen als dem rechtlichen Bereich anzugehören scheint.² Was letzteres angeht, so ist allerdings festzuhalten, daß die Vertreter dieser Ansicht ihre Formel vom Vermögensopfer des Schenkers rechtlich und nicht wirtschaftlich aufgefaßt wissen wollen. Übereignet und übergibt z.B. der Schenker einen Tag vor seinem Tode dem Beschenkten eine Sache, so wird wirtschaftlich das Opfer nicht mehr vom Schenker selbst, sondern von seinen Erben erbracht. Nichtsdestoweniger wird auch von den Vertretern dieser Ansicht in diesem Fall eine vollzogene Schenkung angenommen.³ Dabei wird darauf abgestellt, daß das Opfer rechtlich noch das gegenwärtige Vermögen des Schenkers und nicht erst den Nachlaß trifft.

Legt man diese Anschauung zugrunde, so erscheint es naheliegend, unseren Ausgangsfall nach dieser Ansicht dahingehend zu lösen, daß eine vollzogene Schenkung vorliegt, weil der Schenker selbst mit Rücksicht auf die gem. § 161 Abs. 1 eintretende Beschränkung seiner Ver-

1 So: Kipp-Coing § 81 III 1 c; Brox RdNr. 712; Medicus BR § 16 V; G. u. D. Reinicke NJW 1956, 1053, 1054; Bühler NJW 1976, 1727; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3.

2 Allein schon aus diesem Grund ablehnend gegenüber der Lehre vom "Vermögensopfer": von Lübtow S. 1223; Harder S. 36.

3 Vgl. Kipp-Coing § 81 III 1 c.

fügungsmacht ein gegenwärtiges Vermögensopfer erbringt.¹ Logisch zwingend ist dies indes nicht. Bei einer aufschiebend bedingten Verfügung erfolgt der Erwerb des Verfügungsempfängers in zwei Stufen. Auf der ersten Stufe erfolgt mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes der Erwerb eines "Anwartschaftsrechts", auf der zweiten Stufe mit dem Bedingungseintritt der Erwerb des Vollrechtes. Dem entspricht auf der Seite des Verfügenden auf der ersten Stufe der Verlust der uneingeschränkten Verfügungsmacht und auf der zweiten Stufe der Verlust des Vollrechtes. Bei einer Schenkung unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des Zuwendungsempfängers trifft der Verlust auf der ersten Stufe den Schenker selbst, der Verlust auf der zweiten Stufe aber die Erben. Bis zum Augenblick des Todes bleibt der Schenker Rechtsinhaber; der Verlust des Vollrechtes trifft ihn also nicht. Dann geht das Recht - ohne Durchgangserwerb der Erben - direkt auf den Beschenkten über. Auch wenn der Schenkungsgegenstand dinglich niemals in das Vermögen der Erben gelangt, so liegt trotzdem ein Opfer der Erben vor. Die aufschiebend bedingte Verfügung bewirkt nämlich, daß im Todeszeitpunkt der Schenkungsgegenstand nicht gem. § 1922 in das Vermögen der Erben, sondern stattdessen in das Vermögen des Beschenkten fällt. Dieser Erwerb des Beschenkten geht auf Kosten der Erben, weil ohne diesen Erwerb die Erben erwerben würden. Im Todeszeitpunkt kann man nicht mehr davon sprechen, daß die Erben durch den Erwerb des Beschenkten lediglich eine rein tatsächliche Chance verlieren. Da in diesem Augenblick der Schenkungsgegenstand noch zum Vermögen des Erblassers gehört, steht fest, daß ihn jetzt die Erben erhalten würden, wenn der Erblasser nicht aufschiebend bedingt zugunsten des Beschenkten verfügt hätte. Formuliert man nun die Opfertheorie dahingehend,

1 So: Kipp-Coing § 81 III 1 c; Brox RdNr. 712.

daß es darauf ankommt, "daß noch der Schenker selbst, nicht der Erbe das Vermögensopfer bringt",¹ so fragt sich, was gelten soll, wenn - wie hier - beide ein Opfer bringen.

Man könnte versucht sein zu sagen, daß in unserem Ausgangsfall das eigentliche Opfer deshalb von dem Schenker selbst erbracht wird, weil er wegen § 161 Abs.1 den in der Forderung verkörperten Wert wirtschaftlich nicht mehr realisieren kann.² Damit wären wir dann aber wieder bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Abgesehen davon, daß eine solche Betrachtungsweise gerade nicht angewandt werden soll, so würde sie auch keineswegs in allen Fällen der durch das Überleben des Zuwendungsempfängers aufschiebend bedingten Übertragungen zu klaren Ergebnissen führen. Schenkt und übereignet der Schenker z.B. eine Sache, die ausschließlich immateriellen Wert hat, unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des zu Beschenkenden und behält er sich mit Einverständnis des zu Beschenkenden zu seinen Lebzeiten den Besitz vor, so erbringt der Schenker auch hier das Rechtsoffer der Einschränkung seiner Verfügungsmacht, während das rechtliche Opfer der Erben wiederum darin besteht, daß sie im Augenblick des Todes des Erblassers nicht Eigentümer der verschenkten Sache werden. Da die Sache ausschließlich einen immateriellen Wert hat, kann aber nicht damit argumentiert werden, daß der Schenker durch den mit dem Eintritt der Verfügungsbeschränkung verbundenen Verlust der Möglichkeit, den Wert der Sache wirtschaftlich realisieren zu können, das eigentliche Opfer erbringe. Solch ein Veräußerungswert besteht nicht. Da bei einem Gegenstand, der keinen

1 Kipp-Coing § 81 III 1c; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3.

2 Auf redliche Art und Weise kann er dies nicht tun. Niemand erwirbt oder erfüllt eine Forderung, von der er weiß, daß sie aufschiebend bedingt schon an einen anderen abgetreten ist.

Veräußerungswert hat, die bloßen Gebrauchsvorteile den eigentlichen Wert des Gegenstandes ausmachen, könnte man hier auf die Idee kommen, ein Opfer des Schenkers zu verneinen. Es geht aber nicht an, die Entscheidung, ob ein lebzeitiges Rechtsgeschäft oder eines von Todes wegen vorliegt, davon abhängig zu machen, ob der zugewendete Gegenstand einen Verkehrswert hat oder an ihm nur ein Affektionsinteresse besteht. Lebzeitige Rechtsgeschäfte und Verfügungen von Todes wegen sind nach dem Inhalt der in ihnen getroffenen Regelungen voneinander abzugrenzen; nicht nach den Gegenständen, auf die sie sich beziehen. Ein Rechtsgeschäft kann nur wegen seines Regelungsinhalts, nicht aber wegen des Gegenstandes, auf den es sich bezieht, ein Rechtsgeschäft "mortis causa" oder ein Rechtsgeschäft "inter vivos" sein. Solch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ist also ein ungeeignetes Unterscheidungskriterium.¹ Die "Opfertheorie" läßt aber geradezu zu dieser Betrachtungsweise ein, weil dem Begriff des Opfers ein wirtschaftlicher Aspekt immanent ist. Macht man sich davon frei und stellt man bewußt auf ein Rechtsopfer ab, so bleibt die Schwierigkeit, wie zu entscheiden ist, wenn sowohl Erblasser als auch Erben ein rechtliches Opfer erbringen.

1 Von unserer Ausgangserwägung aus wäre die Lösung des letzten Beispielsfalls unproblematisch. Danach zeichnet sich nämlich die Verfügung unter Lebenden durch die gewollte Einschränkung der Dispositionsmacht des Verfügenden in bezug auf den Verfügungsgegenstand aus, während bei der Verfügung von Todes wegen sich der Verfügende diese Dispositionsmacht bewußt vorbehält. In dem Beispiel käme es also nicht auf irgendwelche Erwägungen über "Opfer" und "Wert" an, sondern nur darauf, daß der Schenker dem Beschenkten den Gegenstand nicht unter dem Vorbehalt zuwenden will, daß er sich diese Entscheidung bis zu seinem Tode nicht mehr anders überlegt, sondern daß er durch Einschränkung seiner Verfügungsbefugnis bezüglich des Zuwendungsgegenstandes schon zu seinen Lebzeiten den Rechtserwerb des Beschenkten für den Überlebensfall sicherstellt.

Man könnte daran denken, die "Opfertheorie" dahingehend zu verstehen, daß es für die Annahme einer Verfügung unter Lebenden ausschließlich entscheidend sein soll, ob der Erblasser unter Lebenden ein Rechtsopfer erbringt, und daß es nicht darauf ankommen soll, ob die Erben dann später auch noch ein Opfer erbringen oder dies nicht tun. Dies könnte man damit zu begründen versuchen, daß die Verfügung von Todes wegen durch das Fehlen eines lebzeitigen Vermögensopfers gekennzeichnet sei.¹

Es ist aber schon gezeigt worden, daß zwar die Erbringung eines lebzeitigen Rechtsopfers eine Verfügung von Todes wegen ausschließt, weil dieses Rechtsopfer im Widerspruch steht zu der notwendigen Wirkung einer Verfügung von Todes wegen, die in der Ungebundenheit des Verfügenden zu seinen Lebzeiten besteht, daß aber nicht aus dem Nichtvorliegen eines lebzeitigen Opfers zwingend auf das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen geschlossen werden darf, da eine Verfügung von Todes wegen eine intendierte Nachlaßregelung ist. Soll eine solche Regelung gar nicht getroffen werden, wirkt sich vielmehr eine lebzeitige Vermögensregelung zufällig erst auf den Nachlaß aus, so liegt trotz Fehlens eines lebzeitigen Vermögensopfers keine Verfügung von Todes wegen vor. Bezüglich einer Opfertheorie in der zuletzt genannten Ausprägung läßt sich somit feststellen, daß das ausschließliche Abstellen auf ein objektives lebzeitiges Rechtsopfer des Verfügenden im Vergleich zu einer funktionalen Unterscheidung der beiden Verfügungsarten den Bereich der Verfügung von Todes wegen zu weit ausdehnt, indem es Nichtopfer und Verfügung von Todes wegen gleichstellt. Erst das gewollte Nichtopfer führt nach der funktionalen Betrachtungsweise zur Verfügung von Todes wegen.

1 So: Brox RdNr. 712.

Auch in der zuletzt genannten Formulierung¹ läuft die "Opfertheorie" somit nur teilweise auf dasselbe hinaus wie unsere anfängliche Differenzierung der beiden Verfügungsarten. Die zuvor genannten Vertreter der "Opfertheorie" würden möglicherweise teilweise auch zu denselben Ergebnissen kommen. Von ihnen wird allerdings nicht offengelegt, warum dem Rechtsofper des Schenkers gegenüber dem Rechtsofper der Erben die entscheidende Bedeutung zukommen soll.

Für alle Vertreter der "Opfertheorie" gilt aber, daß sie ihre Ergebnisse nicht auf der Grundlage einer klaren subsumtionsfähigen Differenzierung der beiden Verfügungsarten gewinnen. Die Heranziehung des § 2301 führt bei ihnen vielmehr dazu, daß die Subsumtion unter einen bildlichen Ausdruck zu erfolgen hat, der zu Mißverständnissen einläßt und im übrigen nicht dem gesetzlichen Tatbestand des § 2301 Abs. 2 entstammt, sondern einer deskriptiven Formulierung der Mitglieder der ersten Kommission entnommen wird. Führt bei der "subjektiven Theorie" die Anwendung des § 2301 zu dem befremdlichen Ergebnis, daß im Vergleich zu der Ausgangserwägung die materiellen Unterscheidungskriterien der beiden Verfügungsarten gar nicht mehr auftauchten, so scheint die "Opfertheorie" auf einem Umweg teilweise zu denselben Kriterien wie die Ausgangsüberlegung zu führen. Daß indes auch dies nicht sicher ist, zeigt sich daran, daß unser Ausgangsfall auch vom Boden der "Opfertheorie" aus schon anders gelöst worden ist.

So ging Boehmer früher² davon aus, daß zum Vollzug der Schenkung "zu Lebzeiten des Erblassers eine dingliche

¹ Brox a.a.O.

² Staudinger-Boehmer 10. Aufl. § 27 vor § 1922. Aufgegeben in Staudinger 11. Aufl. § 26 vor § 1922. Der alten Ansicht hatte sich angeschlossen: Palandt-Seibert 6. Aufl. § 2301 Anm. 3 b und c.

Vermögensverschiebung zwischen ihm und dem Beschenkten", eine "dingliche Aussonderung" notwendig sei.¹ Darin sollte das für den Vollzug erforderliche Opfer des Erblassers bestehen. Eine durch das Überleben des Zuwendungsempfängers aufschiebend bedingte Rechtsübertragung sollte aber diesen Anforderungen nicht genügen.² Zur Begründung führte Boehmer dogmatische, teleologische und praktische Gesichtspunkte an.

Dogmatisch: Hier geht Boehmer davon aus, daß unstreitig ein Vollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 vorliegt, wenn der Schenker unter Lebenden den dinglichen Vollzugsakt unter der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten vornimmt.³ Daß dem so ist, folgt daraus, daß bei einem Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung die Rechtswirkungen sofort mit seiner Vornahme eintreten. Eine Verfügung von Todes wegen zeichnet sich dagegen aber gerade dadurch aus, daß ihre Rechtswirkungen erst beim Tode des Erblassers eintreten. Daß bei einer auflösend bedingten Verfügung der Verfügungsgegenstand bei Eintritt der auflösenden Bedingung - Vorversterben des Beschenkten - gem. § 158 Abs. 2 in das Vermögen des Schenkers zurückgefallen wäre, ändert nichts daran, daß, wenn der Schenker vorverstorben ist (und nur dieser Fall wird hier untersucht), der Verfügungsgegenstand nicht erst mit dem Tode des Schenkers, sondern mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes zu Lebzeiten des Schenkers endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden ist. Der Verbleib eines gem. §§ 160 Abs. 2, 161 Abs. 2 geschützten Rückfallrechtes beim Schenker vermag also den Vollzug zugunsten des Beschenkten nicht zu verhindern. Bei einem aufschiebend beding-

1 Boehmer a.a.O. RdNr. 10.

2 Boehmer a.a.O. RdNr. 16.

3 Statt aller: Harder S. 39/40; Kipp-Coing § 81 III
1 c; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3 b.

ten Vollzugsakt entsteht ein gem. §§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 1 geschütztes Anfallrecht des Beschenkten, das inhaltlich dem Rückfallrecht des Schenkers bei der auflösenden Bedingung völlig gleich ist. Boehmer meint nun, daß es in Anbetracht dieser inhaltlichen Identität einen dogmatischen Widerspruch darstellen würde, einerseits bei der auflösenden Bedingung das Rückfallrecht des Schenkers als zu schwach anzusehen, um einen Vollzug zugunsten des Beschenkten zu verhindern, andererseits aber bei der aufschiebenden Bedingung das Anfallrecht des Schenkers als stark genug zu bewerten, um einen Vollzug zugunsten des Beschenkten herbeizuführen. Nach der Ansicht Boehmers kann die Überführung eines dem Rückfallrecht (bei der auflösenden Bedingung) inhaltlich völlig gleichen Anfallrechtes (bei der aufschiebenden Bedingung) in das Vermögen des Beschenkten als Schenkungsvollzug nicht genügen, weil ansonsten dogmatisch widersprüchlich inhaltlich gleichen Rechten ungleiche Rechtswirkungen zugeordnet würden.

Teleologisch: Hier ist Boehmer der Ansicht, daß § 2301 Abs. 1 den Grundsatz enthalte, einen "an sich erbrechtlichen Erwerb" den Verfügungen von Todes wegen vorzubehalten. Diese grundlegende Tendenz des Gesetzes sei auch bei der Auslegung des § 2301 Abs. 2 als einer Ausnahme vom Grundsatz des § 2301 Abs. 1 zu beachten. Das Anwendungsgebiet des § 2301 Abs. 2 sei deshalb auf ein Mindestmaß zu beschränken.¹ Aufschiebend bedingte Zuwendungsakte, bei denen der Erblasser die Zuteilungswirkung seiner Vermögensdispositionen bis zu seinem Tode hinausschiebe, gehörten aber nicht zu diesem Mindestmaß.

¹ Ob § 2301 Abs. 2 mit Rücksicht auf § 2301 Abs. 1 eng auszulegen ist, ist umstritten. Dagegen z.B.: Lange-Kuchinke § 31 II 1 c; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 1. Dafür z.B.: RGRK-Kregel § 2301 Anm. 1.

Praktisch: Lasse man aufschiebend bedingte Zuwendungsakte für den Schenkungsvollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 ausreichen, so würden in den Fällen, in denen als Zuwendungsakt eine bloße Einigung der Parteien genügt (z.B. Forderungsabtretung, Forderungserlaß etc.), in der Praxis große Auslegungsschwierigkeiten auftauchen. Es sei in diesen Fällen ausgesprochen schwierig festzustellen, ob sich die Parteien - als juristische Laien - nur schuldrechtlich (über den Schenkungsvertrag) oder auch dinglich (über den Zuwendungsakt) aufschiebend bedingt geeinigt hätten. Es sei deshalb im Interesse der Rechtssicherheit besser, aufschiebend bedingte Zuwendungsakte überhaupt nicht als Schenkungsvollzug anzusehen. Dies hätte die wünschenswerte Folge, daß die Beantwortung von Fragen von großer wirtschaftlicher Bedeutung nicht mehr von der schwankenden richterlichen Würdigung einzelner Tatumstände, insbesondere nicht mehr von einer allzu subtilen richterlichen Auslegung des Parteiwillens abhängen würde.

Die Richtigkeit dieser Argumente soll hier nicht erörtert werden. Hier soll nur festgehalten werden, daß die "Opfertheorie" offensichtlich nur einen ganz allgemeinen Wertungsrahmen an die Hand gibt. Innerhalb dieses Rahmens kann man - wie die zuerst genannten Vertreter dieser Theorie - in der Sache teilweise zu denselben Abgrenzungskriterien gelangen wie unsere Ausgangserwägung. Man kann aber auch - wie früher Boehmer - mit wohlerwogenen Gründen zu einer ganz anderen Abgrenzung gelangen.

Geht man - im Rahmen der "Opfertheorie" - den früheren Weg Boehmers, so scheint § 2301 eine konstitutive, über die Verhinderung von Umgehungsgeschäften hinausgehende Bedeutung zu haben. Läßt diese Ansicht doch die bei einer aufschiebend bedingten Rechtsübertragung

eintretende lebzeitige Bindung des Verfügenden in bezug auf den Verfügungsgegenstand nicht für den Schenkungsvollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 ausreichen. § 2301 stellt dann gegenüber den allgemeinen - aus der Funktion der Verfügungsarten gewonnenen - Kriterien strengere Anforderungen an ein lebzeitiges Rechtsgeschäft. Ruft man sich nun in das Gedächtnis zurück, daß § 2301 in der Interpretation der Vertreter der subjektiven - auf die Handlung des Schenkers abstellenden - Theorie geringere Anforderungen für ein lebzeitiges Rechtsgeschäft aufstellt als diese allgemeinen Kriterien, so wird die Verwirrung deutlich, die über die richtige Anwendung dieser Vorschrift herrscht.

3. Anwartschaftstheorie

Eine weitere Ansicht meint, daß ein Vollzug nur dann bejaht werden kann, wenn der Beschenkte zu Lebzeiten des Schenkers ein dingliches Anwartschaftsrecht am Schenkungsgegenstand erwirbt, das sich nach dem Erbfall auch gegen den Willen der Erben zum Vollrecht entwickeln kann.¹

¹ So: Boehmer Grundlagen S. 79, 86 ff; Staudinger-Boehmer 11. Aufl. Einl. vor § 1922, § 26 RdNr. 12 und RdNr. 16; Staudinger-Lehmann 11. Aufl. Vorb. zu § 1937 RdNr. 13; Dietz § 15 III; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2, wobei in den dann folgenden Beispielen für vollzogene Schenkungen allerdings über diese Formel hinausgegangen und ein Vollzug auch in Fällen bejaht wird, in denen kein dingliches Anwartschaftsrecht vorliegt. In gleicher Weise widerspruchsvoll Erman-Hense § 2301 RdNr. 7. Die Judikatur des Reichsgerichts liegt ebenfalls auf der Linie der Anwartschaftstheorie. Das Reichsgericht hat weder auf die Schenkungshandlung abgestellt, noch Erwägungen über ein Opfer des Schenkers angestellt, sondern immer betont, daß der Vollzug eine "wirkliche Erfüllung zu Lebzeiten", eine "Leistung des zugewendeten Gegen-

Verschiedentlich wird behauptet, daß ein Abstellen auf das Anwartschaftsrecht des Beschenkten zu den gleichen Ergebnissen führe wie die Lehre vom gegenwärtigen Vermögensopfer des Schenkers.¹ Es handele sich sachlich um dieselbe Aussage. Sie erfolge nur aus verschiedenen Perspektiven. Die "Opfertheorie" betrachte den Schenkungsvorgang aus der Perspektive des Schenkers; die "Anwartschaftstheorie" aus der Perspektive des Beschenkten. Das gegenwärtige Vermögensopfer des Schenkers bestehe aus der Existenz des Anwartschaftsrechts des Beschenkten. Diese Behauptung ist unrichtig. Entsteht ein Anwartschaftsrecht des Beschenkten, so liegt allerdings immer eine Vermögensminderung beim Schenker vor. Das würde aber nur dann zu einer identischen Beantwortung der Vollzugsfrage durch beide Theorien führen, wenn nur eine Minderung in diesem Umfang nach der "Opfertheorie" den Vollzug begründen würde. Die Frage danach, welche Qualität das Vermögensopfer des Schenkers haben muß, um vollzugsbegründend zu sein, ist indes der neuralgische Punkt der "Opfertheorie". Vom Boden der "Opfertheorie" aus sind - wie schon gezeigt - verschiedene Antworten auf diese Frage möglich. Darunter auch solche, die - wie ebenfalls schon gezeigt - eine

(Forts.)

standes" voraussetze (RGZ 83, 223, 231; RG LZ 1919, 692, 693; RG JW 1917, 924; RG JW 1904, 337). Eine solche "wirkliche Erfüllung" sah aber das Reichsgericht auch schon bei der lebzeitigen dinglichen Gebundenheit, die durch eine aufschiebend bedingte Verfügung des Schenkers eintritt, als gegeben an (RG WarnR 1921 Nr. 95; RG LZ 1919, 692, 693; noch zweifelnd RG Recht 1908 Nr. 1165).

¹ So: Kipp-Coing a.a.O. Fn. 3; Staudinger-Boehmer 11. Aufl. a.a.O. Nachtrag zu RdNr. 13. Diese Auffassung Boehmers ist verblüffend, weil er in der 10. Aufl. des Staudingers - wie schon dargestellt - von der Opfertheorie ausgegangen ist und dort bei der aufschiebend bedingten Rechtsübertragung keineswegs zu demselben Ergebnis wie in der 11. Aufl. gelangt ist, wo er auf das Anwartschaftsrecht des Beschenkten abgestellt hat.

dingliche Eingliederung des Zuwendungsgegenstandes in das Vermögen des Beschenkten fordern, die über ein Anwartschaftsrecht am Zuwendungsgegenstand hinausgeht. Allein schon aus diesem Grund ist es falsch, "Opfertheorie" und "Anwartschaftstheorie" als identisch zu bezeichnen. Weiterhin ist es natürlich auch denkbar, vom Boden der "Opfertheorie" aus für den Schenkungsvollzug geringere Anforderungen an die Bindung des Schenkers zu stellen als es die "Anwartschaftstheorie" tut.¹ "Opfertheorie" und "Anwartschaftstheorie" stimmen vielmehr nur insoweit überein, als sie im Gegensatz zur subjektiven Theorie, die es zum Vollzug genügen läßt, daß der Schenker das seinerseits Erforderliche zum Leistungsvollzug getan hat, nicht handlungsbezogen sind, sondern für den Vollzug einen objektiven Erfolg verlangen.² Dabei hat die "Anwartschaftstheorie" gegenüber der "Opfertheorie" den Vorzug, daß sie diesen objektiven Erfolg genau qualifiziert. Auf diese Art des Erfolges stellt es die Anwartschaftstheorie ab, weil mit dem Erwerb des Anwartschaftsrechtes durch den Beschenkten die erforderliche Aussonderung des Schenkungsgegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers und die notwendige Über-

1 Vgl. Brox, der von der Opfertheorie ausgehend (RdNr. 712) den Schenkungsvollzug auch in Fällen bejaht, in denen der Beschenkte zu Lebzeiten des Schenkers noch kein Anwartschaftsrecht erworben hat (RdNr. 718).

2 Insoweit sind die Äußerungen von Brox (RdNr. 712) und Damrau (a.a.O. S. 721), nach denen beide Theorien "in aller Regel" bzw. "im wesentlichen" zu den gleichen Ergebnissen führen, zwar genauer als die Behauptung der Identität, aber auch nicht ganz zutreffend. Ob die Theorien zum gleichen Ergebnis führen, hängt ausschließlich davon ab, welche konkreten Anforderungen man an das Opfer des Schenkers stellt. Die "Opfertheorie" stellt eben nur einen allgemeinen Wertungsrahmen dar. Innerhalb dieses Rahmens kann man die Anforderungen so festsetzen, daß die beiden Theorien immer zum gleichen Ergebnis führen. Man kann aber auch die "Opfergrenze" so hoch oder so niedrig festsetzen, daß die beiden Theorien in vielen Fällen nicht zu übereinstimmenden Ergebnissen führen.

führung in das Vermögen des Bedachten hergestellt sei.¹

Diese Ansicht zum Leistungsvollzug im Rahmen des § 2301 Abs. 2 läuft wiederum nur teilweise auf die Kriterien unserer Ausgangserwägung hinaus. Nach ihr zeichnete sich ein erbrechtlicher Erwerb durchaus dadurch aus, daß der Erwerber zu Lebzeiten des Erblassers keine Anwartschaft, sondern nur eine rein tatsächliche Aussicht erwarb, während bei einer zu Lebzeiten des Verfügenden geschützten Rechtsposition des Verfügungsempfängers eine lebzeitige Verfügung zu bejahen war. Dies waren aber nur Auswirkungen der unterschiedlichen Verfügungsarten und diese Auswirkungen ließen unterschiedliche Rückschlüsse zu. Weil nur die Verfügung unter Lebenden das gegenwärtige Vermögen ergreift, kann nur sie eine sofortige Bindung des Verfügenden und somit eine geschützte Rechtsposition des Verfügungsempfängers schaffen. Aus dieser Wirkung - Bindung des Verfügenden zu seinen Lebzeiten - war somit der Rückschluß auf die Voraussetzung einer Verfügung unter Lebenden zulässig. Weil die Verfügung von Todes wegen als gewollte Nachlaßregelung nur den Nachlaß betrifft, kann sie keine sofortige Bindung und somit auch keine geschützte Rechtsposition des Bedachten schaffen. Aus dieser Wirkung - Nichtbindung des Verfügenden zu seinen Lebzeiten - kann aber nicht auf die Voraussetzung einer Verfügung von Todes wegen geschlossen werden, weil diese Nichtbindung nicht intendiert zu sein braucht, sondern auch zufällig bei einer Regelung eintreten kann, die sich auf das lebzeitige Vermögen und nicht auf den Nachlaß beziehen soll.

Der Unterschied der "Anwartschaftstheorie" zu unserer funktionalen Ausgangsüberlegung liegt somit - ebenso wie der Unterschied der Brox'schen "Opfertheorie" gegenüber unserer Ausgangserwägung - darin, daß zwar auch

¹ Vgl. Staudinger-Boehmer 11. Aufl. a.a.O. RdNr. 13.

nach unserer Ausgangsunterscheidung die Existenz eines Anwartschaftsrechts das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen ausschließt, daß aber nach unserer Ausgangsdifferenzierung nicht aus dem Nichtvorliegen eines Anwartschaftsrechtes auf eine Verfügung von Todes wegen geschlossen werden darf, weil eine Verfügung von Todes wegen eine gewollte Nachlaßregelung darstellt. Liegt ein solcher Wille nicht vor, so ist eine Verfügung von Todes wegen auch dann nicht gegeben, wenn eine Vermögensregelung sich zufällig erst auf den Nachlaß auswirkt. Eine Übereinstimmung mit der Anwartschaftstheorie liegt somit nur in den Fällen vor, in denen ein Anwartschaftsrecht des Beschenkten existiert.

§ 2301 ist in der Betrachtungsweise der "Anwartschaftstheorie" eine Vorschrift, die die Rechtsgeschäfte unter Lebenden und die von Todes wegen nicht vom Regelungsinhalt dieser Rechtsgeschäfte her trennt, sondern von dem Erfolg her, der beim Verfügungsempfänger eintritt. Neben dem Einwand, daß aus diesem Erfolg nicht in allen Fällen ein sicherer Rückschluß auf die Verfügungsart möglich ist, ist hier noch kritisch anzumerken, was ganz allgemein für die Rechtsfigur des Anwartschaftsrechtes gilt. In der Literatur setzt sich heute immer mehr die zutreffende Ansicht durch, daß das "Anwartschaftsrecht" nicht mehr als ein zusammenfassender Begriff ist.¹ Das "Anwartschaftsrecht" ist eine Bezeichnung für die "Kehrseite" aller rechtlichen Bindungen, denen derjenige, der sich zugunsten eines Anwärters verpflichtet oder zu seinen Gunsten verfügt hat, unterworfen ist.² Rechtsfolgen können nicht aus dieser Bezeichnung, sondern nur

1 Vgl. Larenz AT § 25 III c; Flume AT § 39 Z. 2 und insbes. § 29 Z. 3 e; Kupisch JZ 1976 S. 417 ff. Kupisch lehnt im übrigen die Rechtsfigur des Anwartschaftsrechts radikal ab; ebenso Ernst Wolf AT S. 429 ff.

2 Vgl. Larenz a.a.O.

aus diesen rechtlichen Bindungen abgeleitet werden.¹
Das Anwartschaftsrecht hat keine Erkenntnisfunktion,
sondern nur Darstellungsfunktion.²

Berücksichtigt man nun, daß unter der darstellenden Bezeichnung "Anwartschaftsrecht des Beschenkten" in Wirklichkeit die "rechtliche Bindung des Schenkers" das juristische Essentielle ist, und außerdem noch, daß die Anwartschaftstheorie - zumindest im theoretischen Ansatz - zum Vollzug ein dingliches Anwartschaftsrecht verlangt, so zeigt sich, daß nach dieser Theorie die dingliche Bindung des Schenkers das Entscheidende ist. Dies wäre aber exakt das Unterscheidungskriterium unserer Ausgangsüberlegung, wenn die Anwartschaftstheorie auch noch das subjektive Element im Auge behielte. Nach unserer Ausgangserwägung war nur die gewollte Nichtbindung Verfügung von Todes wegen, während nach der Anwartschaftstheorie das objektive Nichtvorliegen eines Anwartschaftsrechts zur Annahme einer Verfügung von Todes wegen zu führen scheint. Soweit ein Anwartschaftsrecht vorliegt, führt die Anwartschaftstheorie - wenn auch auf einem Umweg über die "Kehrseite" der Bindung - zu demselben Ergebnis wie unsere Ausgangserwägung.

¹ So schon Siebert JW 1933, 2441; Kupisch a.a.O. S. 424; Flume AT § 39 Z. 3 c.

² Vgl. G. Reinicke MDR 1959, 617. Kupisch a.a.O. S. 427-429 möchte den Begriff der Anwartschaft noch nicht einmal zur Darstellung verwenden, da er die Gefahr vermeiden möchte, daß aus dem verselbständigten Anwartschaftsbegriff Rechtsfolgen abgeleitet werden. Diese Gefahr besteht aber nicht, wenn man sich der reinen Darstellungsfunktion des Begriffes bewußt ist. Es ist allerdings zuzugeben, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sich dessen keineswegs immer bewußt ist, sondern häufig - in nahezu begriffsjuristischer Manier - den Gefahren einer Verselbständigung des Anwartschaftsbegriffes erliegt vgl. insbes. BGHZ 20, 88 ff und BGHZ 35, 85 ff.

Zusammenfassend läßt sich sagen:

§ 2301 soll die Aufgabe haben, die Umgehung erbrechtlicher Vorschriften zu verhindern. Die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen sollen auf Rechtsgeschäfte Anwendung finden, die der Form nach Verfügungen unter Lebenden, der Sache nach aber Verfügungen von Todes wegen sind. § 2301 trennt die beiden Verfügungsarten durch das Merkmal des Leistungsvollzuges. Bei vollzogener Leistung soll auch der Sache nach eine Verfügung unter Lebenden vorliegen, die nicht den erbrechtlichen Vorschriften unterliegt. Die Auslegung dieses Merkmals ist umstritten. Die von der Struktur und Funktion der Verfügung von Todes wegen (und der Verfügung unter Lebenden) her unabhängig von § 2301 gewonnene Unterscheidung der beiden Verfügungsarten, die auf die gewollte Nichtbindung (bzw. gewollte Bindung) des Verfügenden in bezug auf den Verfügungsgegenstand zu Lebzeiten des Verfügenden abstellt, findet in keiner der Ansichten, die zur Auslegung des Vollzugsmerkmals vertreten werden, unmittelbaren Ausdruck. Zum Teil - z.B. bei der subjektiven Theorie - werden an den Vollzugsbegriff geringere Anforderungen gestellt als es nach dieser Unterscheidung erforderlich wäre, zum Teil - z.B. bei einigen Vertretern der Opfertheorie - werden aber auch über diese Unterscheidung hinausgehende, strengere Anforderungen aufgestellt. Andere Ansichten - z.B. von anderen Vertretern der Opfertheorie und von Vertretern der Anwartschaftstheorie - laufen im Ergebnis in einem Teilbereich - soweit nämlich die gewollte Bindung des Verfügenden zu seinen Lebzeiten eingetreten ist - auch auf diese Unterscheidung hinaus. Diese im Ergebnis mit dem unabhängig von § 2301 gefundenen Unterscheidungskriterium in einem Teilbereich übereinstimmenden Ansichten verdecken die Übereinstimmung indes mehr als daß sie sie offenlegen. Das unabhängig von § 2301 gefundene Unterscheidungskriterium erscheint bei den im Ergebnis zum Teil übereinstimmenden Ansich-

ten nicht als zentrales Wertungskriterium. Es erhebt sich somit die Frage, ob dieses Unterscheidungskriterium das Wertungskriterium für den Vollzugsbegriff im Rahmen des § 2301 ist. Trifft dies zu, so sind die zuerst genannten, von diesem Kriterium abweichenden Theorien falsch, während die zuletzt genannten, mit diesem Kriterium im Ergebnis teilweise übereinstimmenden Ansichten teilweise richtig, in ihrer Formulierung aber auch insoweit äußerst bedenklich sind, als diese Formulierungen das eigentliche Entscheidungskriterium verdecken und dadurch zu unrichtigen Schlußfolgerungen und Fallösungen verleiten. Sollte sich dagegen eine der zuerst genannten, mit diesem Unterscheidungskriterium nicht übereinstimmenden Meinungen zum Vollzug als zutreffend herausstellen, so wäre der angebliche Sinn und Zweck des § 2301 neu zu überdenken. Er könnte dann nicht darin liegen, die Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften zu verhindern.

III. Eigene Interpretation des § 2301

1. Die Vollzugsproblematik des § 2301 als eine Problematik, die nicht durch Bezug auf § 518 Abs. 2 gelöst werden kann

"Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes" - so die Gesetzesformulierung des § 2301 Abs. 2 - "so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung". Obwohl also § 2301 Abs. 2 ganz allgemein an den Vollzug einer Schenkung anknüpft, beginnt die Erörterung der Bedeutung des

§ 2301 Abs. 2 in der gängigen Lehrbuch- und Kommentarliteratur zumeist damit, daß an den Vollzug eines Schenkungsversprechens angeknüpft wird. Paradigmatisch dafür sind die Ausführungen von Keidel,¹ der zuerst die Voraussetzungen des § 2301 Abs. 1 unter der Überschrift "Das noch unvollzogene Schenkungsversprechen von Todes wegen" behandelt und dann die Problematik des § 2301 Abs. 2 unter der Überschrift "Ein bei Lebzeiten vollzogenes Schenkungsversprechen ist Schenkung unter Lebenden" erörtert. Ebenso formuliert Kregel² gleich im ersten Satz seiner Kommentierung des § 2301 Abs. 2 "die Schenkung ist vollzogen, wenn die versprochene Leistung bewirkt worden ist". Dieses sofortige Inbezugsetzen der Vorschrift des § 2301 Abs. 2 zu dem Begriff des Schenkungsversprechens in § 2301 Abs. 1 zeigt sich am deutlichsten in dem Lehrbuch von Coing.³ Hier wird § 2301 Abs. 2 überhaupt niemals eigenständig - d.h. für sich allein - diskutiert. Die Vorschrift taucht nur als negatives Merkmal in der Prüfung auf, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft, das sich seiner äußeren Form nach als Schenkungsversprechen darstellt, den Vorschriften des Erbrechts unterliegt. Das tut es u.a. nur dann, wenn es nicht gem. § 2301 Abs. 2 vollzogen ist.

Es soll natürlich nicht bestritten werden, daß unter § 2301 Abs. 1 die nicht vollzogene Versprechensschenkung fällt und auch nicht geleugnet werden, daß es im Rahmen des § 2301 Abs. 2 auch eine "vollzogene Versprechensschenkung" gibt. Es soll zunächst nur festgehalten werden, daß im Schrifttum weitgehend zur Ermittlung der Bedeutung und der Tragweite des § 2301 Abs. 2 diese Vorschrift im Gegensatz zu ihrem Wortlaut primär auf

1 Palandt-Keidel § 2301 Anm. 2 und 3.

2 RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 9.

3 Kipp-Coing § 81 III 1.

auf das Schenkungsversprechen des § 2301 Abs. 1 bezogen wird.

Es soll nun gezeigt werden, daß diese Betrachtungsweise auf einen Irrweg führt, auf dem die wirkliche Bedeutung des § 2301 Abs. 2 verfehlt wird. Der Punkt, an dem diese Betrachtungsweise in die Irre führt, ist besonders deutlich bei Brox¹ zu erkennen. Brox meint, die Bedeutung des § 2301 Abs. 2 liege "zunächst" darin, "daß mit dem Vollzug nach § 518 Abs. 2 Heilung des nicht in der erforderlichen Form vorgenommenen Schenkungsvertrages erfolgt." Brox geht also "zunächst" - wie die bisher Genannten - von einem vollzogenen Schenkungsversprechen aus; sonst käme er nicht "zunächst" zu § 518, der sich nur mit der Versprechensschenkung beschäftigt. Der Irrweg liegt nun in der Verknüpfung des § 2301 Abs. 2 mit § 518 Abs. 2. Dieser Weg liegt allerdings nahe, wenn man § 2301 Abs. 2 "zunächst" einmal als einen Fall eines zu Lebzeiten des Schenkers vollzogenen Schenkungsversprechens ansieht. Dann liegt es nämlich nicht fern, daran anzuknüpfen, daß § 518 Abs. 2 die Heilung einer formunwirksamen Versprechensschenkung für den Fall anordnet, daß der Schenker die versprochene Leistung bewirkt, wobei es inzwischen Usus geworden ist, für Leistungsbewirkung den Ausdruck "Vollzug" als Synonym zu verwenden.² Es drängt sich dann der Schluß auf, das Merkmal des Schenkungsvollzuges in den Tatbeständen des § 518 und des § 2301 als identisches Tatbestandsmerkmal anzusehen, das in beiden Fällen die Funktion hat, eine formunwirksame Versprechensschenkung zu heilen. Liegt ein normales Schenkungsversprechen unter Lebenden

1 Brox RdNr. 711.

2 So schon der Gesetzgeber: Protokolle Bd. II S. 11. Dazu, daß dieser synonyme Sprachgebrauch heute allgemein üblich ist, vgl. statt aller: Staudinger-Reuss § 518 RdNr. 14 und Palandt-Putzo § 518 Anm. 5.

(also ein Schenkungsversprechen, dessen Wirksamkeit nicht von der Überlebensbedingung abhängt) formlos vor, so wird es gem. § 518 Abs. 2 mit dem Schenkungsvollzug wirksam. Ist ein formloses Schenkungsversprechen von Todes wegen abgegeben worden (also ein Schenkungsversprechen, dessen Wirksamkeit von der Überlebensbedingung abhängt), so bewirkt der Schenkungsvollzug gem. § 2301 Abs. 2, daß § 518 Abs. 2 anwendbar wird, und § 518 Abs. 2, der wegen der Identität des Vollzugsbegriffes auch erfüllt ist, führt dann die Wirksamkeit des Schenkungsversprechens herbei.¹ Diese Betrachtungsweise führt dann letztlich zu der Behauptung, daß der Gesetzgeber die Grenze zwischen formbedürftigen und formlos gültigen Rechtsgeschäften bei der Schenkung von Todes wegen nach denselben rechtspolitischen Gesichtspunkten wie bei der Schenkung unter Lebenden gezogen habe.² Diese Behauptung ist - wie noch gezeigt werden wird - falsch, was aber - dies sei hier gleich gesagt - nicht bedeutet, daß die beiden Vorschriften nicht miteinander in Einklang zu bringen wären. Unrichtig ist es aber, die beiden Vorschriften dergestalt in eine gesetzgeberische Beziehung miteinander zu bringen, als ob der Gesetzgeber bei § 2301 Abs. 2 auf § 518 Abs. 2 zurückgegriffen hätte oder sich auch nur von den gleichen Gesichtspunkten wie bei § 518 Abs. 2 hätte leiten lassen. Die beiden Regelungen haben nichts miteinander zu tun. Nichtsdestoweniger wird in der Literatur bei der Erläuterung des § 2301 Abs. 2 immer wieder auf einen angeblich aus § 518 Abs. 2

1 Vgl. Brox a.a.O.

2 So z.B. Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III, wo dies de lege ferenda bedauert wird, und Lange-Kuchinke § 31 II 1 b, wo dies nur konstatiert wird.

zu gewinnenden "Vollzugsbegriff" verwiesen.¹

- a) Nichtexistenz eines selbständigen Vollzugsmerkmals
bei § 518 Abs. 2

Das ist - unabhängig von der Eigenständigkeit der beiden Regelungen - auch schon allein deshalb ein Irrweg, weil sich aus § 518 Abs. 2 ein spezifisches Vollzugsmerkmal nicht gewinnen läßt. Eine vollzogene formunwirksame Versprechensschenkung als selbständiges Drittes neben der formwirksamen Versprechensschenkung und der formlos wirk-samen Handschenkung gibt es nämlich nicht. Um dies zu begründen, ist ein Ausflug in das Schenkungsrecht der §§ 516 ff notwendig.

Der Schenkungsbegriff des BGB's setzt eine Zuwendung des Schenkers an den Beschenkten voraus, die objektiv zu einer Entreicherung des Schenkers und einer Bereiche-rung des Beschenkten führt, und bei der subjektiv zwi-schen den Parteien Einigkeit über die Unentgeltlichkeit dieses Vorganges herrscht. Letzteres bedeutet, daß sich die Parteien darüber einig sein müssen, daß dem Schenker für seine Zuwendung kein Äquivalent zufließt.²

Erfüllt nun ein Schuldner eine bestehende Verbindlich-keit, so sind weder die objektiven Schenkungsmerkmale

1 Am eklatantesten RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 9, wo schon in der zweiten Zeile der Kommentierung zu § 2301 Abs. 2 zur Bestimmung des Vollzugsbegriffes auf § 518 ver-wiesen wird. Verweisungen auf § 518 finden sich eben-falls - im Gesamtzusammenhang früher oder später - bei: Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3a; Erman-Hense § 2301 RdNr. 6. Typisch auch Brox RdNr. 713, der Entscheidungen zu § 518 Abs. 2 ohne irgendeine Erläuterung im Rahmen der Problematik des § 2301 Abs.2 heranzieht. Ebenso BGH WM 1971 1338, 1339.

2 Vgl. statt aller: RGZ 125, 380, 383; BGH WM 1967, 1131, 1133.

noch das subjektive Merkmal erfüllt; und zwar auch dann nicht, wenn die Begründung dieser Verbindlichkeit unentgeltlich erfolgt ist.¹ Eine objektive Entreichung des Schuldners tritt durch die Erfüllung nicht ein, weil er von der Verbindlichkeit, die er tilgt, befreit wird. Eine objektive Bereicherung des Gläubigers liegt nicht vor, weil durch die Erfüllung seine Forderung erlischt. Außerdem sind sich die Parteien darüber einig, daß dem Schuldner für seine Zuwendung das Äquivalent der Befreiung von der Verbindlichkeit zufließt.

Dieses Fehlen des subjektiven Schenkungsmerkmals ist auch dann gegeben, wenn die Forderung, die "erfüllt" wird, objektiv nicht besteht, so daß objektiv Entreichung und Bereicherung durchaus eintreten, weil eine vermeintliche Forderung nicht erlöschen kann. Darüber, daß das subjektive Tatbestandsmerkmal einer Schenkung - und damit der Tatbestand einer Schenkung überhaupt - nicht vorliegt, wenn der Zuwendende und/oder der Zuwendungsempfänger irrtümlich annehmen, daß die Zuwendung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, herrscht Einigkeit.² Wer in Erfüllung einer Verbindlichkeit etwas zuwenden will, der will sich nicht entreichern, weil er auch die gegen ihn gerichtete Forderung zum Erlöschen bringen will, und der will den Zuwendungsempfänger nicht bereichern, weil dieser durch die Erfüllung auch seine Forderung verlieren soll. Der Zuwendende will somit in einem solchen Fall nicht ohne Äquivalent zuwenden. Gehen somit beide Parteien oder geht auch nur eine Partei von einer solchen Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit aus, so fehlt es an der

1 Vgl.: Larenz SchuR II § 47 I; von Tuhr AT III 157; Oertmann SchuR II Vor § 516 Anm. 1c.

2 BGH WM 1971, 1338, 1341; BGH WM 1967, 1131, 1133; RGZ 125, 380, 383; RGZ 105, 246, 249; Staudinger-Reuss § 516 RdNr. 16; Palandt-Putzo § 516 Anm. 5.

subjektiven Einigung über die Unentgeltlichkeit, über das Fehlen eines Äquivalents.

Auf diesem Hintergrund wollen wir nun die beiden Schenkungsarten genauer betrachten, die das BGB kennt.

1. § 516 Abs. 1

Der Schenker überträgt dem Beschenkten einen Gegenstand aus seinem Vermögen, ohne dazu verpflichtet zu sein und auch nicht im Hinblick auf eine sonstige Gegenleistung, wobei die Parteien sich dessen auch bewußt sind. Durch den Übertragungsakt tritt die Entreichung des Schenkers (Rechtsverlust) und die Bereicherung des Beschenkten (Rechtserwerb) ein. Diese Art der Schenkung wird als Hand- bzw. Realschenkung bezeichnet. Da das Gesetz für sie keine Formvorschrift enthält, ist sie formlos wirksam. Die dingliche Neuordnung des Schenkungsgegenstandes und die schuldrechtliche Einigung, daß der Beschenkte diesen Gegenstand behalten darf, obwohl er ihn nicht beanspruchen konnte und der Schenker auch keine Gegenleistung erhält, sind in einem Akt enthalten. Diese schuldrechtliche Einigung stellt den Rechtsgrund für den Erwerb des Beschenkten dar.¹

2. § 518 Abs. 1

Der Schenker und der Beschenkte einigen sich, daß der Schenker verpflichtet sein soll, in der Zukunft einen Gegenstand aus seinem Vermögen dem Beschenkten zu übertragen. Der Schenker, der zu einem solchen Versprechen nicht verpflichtet war, soll weder jetzt noch später ein Entgelt erhalten. Später wird die Übertragung vor-

¹ Ob man diese Einigung dogmatisch als reine Rechtsgrundabrede (so etwa Larenz SchuR II § 47 I) oder als einseitig verpflichtenden Schuldvertrag ansieht, der den Schenker dazu verpflichtet, dem Beschenkten den Gegenstand ohne Entgelt zu belassen (dafür etwa Esser SchuR II § 67 I), ist gleichgültig.

genommen. Hier wird der unter 1. beschriebene einheitliche Vorgang in zwei Akte zerlegt. Schuldrechtliche Schenkungseinigung und dinglicher Übertragungsakt fallen auseinander.¹ Der nach der Übertragung bestehende Endzustand entspricht dem Endzustand bei 1. Dogmatisch bestehen indes bei diesem zweiaktigen Vorgehen erhebliche Unterschiede zu der einaktigen Handschekung. Dadurch, daß schon durch die schuldrechtliche Schenkungseinigung eine Forderung des Beschenkten begründet wird, werden sämtliche Schenkungsmerkmale schon durch diese Einigung erfüllt, während die spätere dingliche Übertragung sich überhaupt nicht mehr als Schenkung, sondern als Erfüllung einer bereits erfolgten Schenkung darstellt.²

Schon mit der schuldrechtlichen Schenkungseinigung erwirbt der Beschenkte gegen den Schenker einen Anspruch auf dessen spätere Zuwendung. Der Beschenkte ist somit um diese Forderung bereichert, während der Schenker durch die Existenz der Forderung schon entreichert ist (Vermehrung seiner Passiva). Da nach dem Einverständnis der Parteien diese Forderungsbegründung nicht zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit und auch nicht im Hinblick auf eine sonstige Gegenleistung erfolgt, sind schon in diesem Augenblick alle Begriffsmerkmale einer Schenkung gegeben. Diese Art der Schenkung wird als Versprechensschenkung bezeichnet. Die spätere dingliche Übertragung des Gegenstandes ist dagegen überhaupt keine Schenkung. Sie ist ausschließlich die Erfüllung der durch die Versprechensschenkung begründeten Forderung. Durch sie wird der Schenker nicht entreichert, da dem Rechtsverlust am übertragenen Gegenstand das Erlöschen der Verpflichtung aus der Versprechensschenkung

1 Vgl. dazu Eckstein AcP 107, 384 ff.

2 Motive Bd. II S. 295; Larenz, SchuR II § 47 I; Palandt-Putzo § 518 Anm. 2 b.

korrespondiert. Der Beschenkte wird nicht bereichert, da bei ihm dem Rechtserwerb am übertragenen Gegenstand der Verlust der Forderung aus der Versprechensschenkung entspricht. Da die Parteien dies wissen, handeln sie subjektiv auch nicht mit Schenkungswillen (*animo donandi*), sondern mit Erfüllungswillen (*animo solvendi*). Nur der erste Akt - die Versprechensschenkung - ist somit Schenkung. Da aber durch den zweiten Akt - den Erfüllungsakt, der selbst nicht Schenkung ist - nur eine geschenkte Forderung erfüllt wird, liegt insgesamt eine unentgeltliche Zuwendung vor.¹

Bei der Versprechensschenkung ist das Angebot des Schenkers - das Schenkungsversprechen² - gem. § 518 Abs. 1 Satz 1 formpflichtig. Die Formpflicht (notarielle Beurkundung) soll in erster Linie dem Schutz des Schenkers vor Übereilung dienen.³ Bei der Realschenkung ist ein solcher Schutz nicht erforderlich, weil der Schenker bei ihr das eigentliche Opfer im wirtschaftlichen Sinne - die Übertragung des Gegenstandes, um den der Beschenkte letztlich bereichert sein soll - sofort erbringt. Das ihn belastende Opfer unmittelbar vor Augen bedarf der Schenker keiner weiteren Warnung durch eine gesetzliche Formvorschrift. Bei der Versprechensschenkung dagegen erbringt der Schenker dieses eigentliche Opfer noch nicht. Er hat dieses Opfer noch nicht unmittelbar

1 Larenz SchuR II § 47 I; Oertmann SchuR II Vor § 516 Anm. 1 c; Planck SchuR II § 516 Ziffer 3.

2 Zur Terminologie: Die Ausdrücke "Versprechensschenkung" und "Schenkungsversprechen" werden oft synonym gebraucht. (Vgl. etwa Palandt-Putzo § 518 Anm. 2). Dies ist nicht korrekt. Wortlaut des § 518 Abs. 1 Satz 1 und Entstehungsgeschichte (vgl. Motive Bd. II S. 293) zeigen, daß mit dem Ausdruck "Schenkungsversprechen" nur das Angebot des Schenkers gemeint ist. Diesem Sprachgebrauch wird hier gefolgt. Mit "Versprechensschenkung" wird der gesamte Schenkungsvertrag bezeichnet, der sich aus dem "Schenkungsversprechen des Schenkers" und der Annahme des Beschenkten zusammensetzt.

3 Motive Bd. II S. 293.

vor Augen und geht zuerst einmal nur eine schuldrechtliche Verpflichtung ein, die ihn zunächst noch nicht schmerzt. Deshalb bedarf er der Warnung durch eine gesetzliche Formvorschrift. Das Hindernis der Form soll ihm die Tragweite seines Tuns bewußt machen.

Ist die dingliche Übertragung, die nicht Schenkung ist, erfolgt, so stellt die durch die Versprechensschenkungen begründete Forderung den Rechtsgrund für diese dingliche Übertragung dar.

Bei den beiden Schenkungsarten ist das (bei der Handschenkung von den Parteien zugleich angestrebte und verwirklichte, bei der Versprechensschenkungen von den Parteien zuerst nur angestrebte und dann verwirklichte) Ergebnis dasselbe. Der Schenker ist um den eigentlichen Schenkungsgegenstand entreichert, der Beschenkte ist um diesen Gegenstand bereichert. Diese Vermögensverschiebung ist im Einverständnis der Parteien unentgeltlich erfolgt. Dogmatisch beruht dieser Gegenstandserwerb des Beschenkten bei der Handschenkung unmittelbar auf der Schenkungscausa. Die Schenkung als Rechtsgrund ist mit diesem Gegenstandserwerb untrennbar verbunden; Gegenstandserwerb und Rechtsgrundabrede erfolgen "uno actu". Bei der Versprechensschenkungen dagegen beruht dieser Gegenstandserwerb nur mittelbar auf der Schenkungscausa. Die Schenkungseinigungen führen unmittelbar zu einem Forderungserwerb, und erst die "animo solvendi" erfolgende Erfüllung, die nicht Schenkung ist, führt zum Gegenstandserwerb. Rechtsgrund dieses Gegenstandserwerbs ist die Forderung, die ihrerseits geschenkt worden ist.¹

Ist es zu einem im Einverständnis der Parteien unentgeltlich erfolgten Erwerb des eigentlichen Schenkungs-

¹ Vgl. Larenz SchuR II § 47 I.

gegenstandes durch den Beschenkten auf Kosten des Schenkers gekommen, so liegt es nahe, daß es dann für die Frage, ob dieser Erwerb des Beschenkten rechtsbeständig ist, nicht auf die eben erläuterten dogmatischen Subtilitäten der Verknüpfung von Gegenstandserwerb und Schenkungscausa ankommen kann. Hat nämlich der Schenker, anstatt ein Schenkungsversprechen abzugeben, nur unverbindlich eine spätere Handschenkung in Aussicht gestellt und dann in Vollzug dieser "Zusage" den dinglichen Übertragungsakt vorgenommen, so kann sich der Beschenkte zur Rechtfertigung seines Erwerbs auf die zusammen mit diesem dinglichen Übertragungsakt verwirklichte Handschenkung berufen. Es kann nun dem Beschenkten aber kaum zum Nachteil gereichen, wenn der Schenker zuerst - vor der Vornahme des dinglichen Übertragungsaktes - anstelle einer unverbindlichen "Zusage" ein Schenkungsversprechen abgibt, mag dieses auch unwirksam sein. Durch die vorgezogene Versprechensschenkung tritt zwar die dogmatische Folge ein, daß mit dem späteren dinglichen Übertragungsakt keine Schenkung mehr verbunden ist, die als causa den Erwerb rechtfertigen kann, so daß bei Unwirksamkeit der vorangegangenen Versprechensschenkung dogmatisch ein "causaloser" Erwerb in Betracht kommt. Diese dogmatische Folge kann aber kaum zu einer Schlechterstellung des Beschenkten führen, weil sich diese Folge ausschließlich aus der Existenz einer Vereinbarung - der vorgezogenen Versprechensschenkung - ergibt, die nur zugunsten des Beschenkten wirken sollte. Ihm sollte nämlich das eigentliche Geschenk nicht unverbindlich in Aussicht gestellt, sondern schon verbindlich versprochen werden.

Auf diesem Hintergrund ist § 518 Abs. 2 BGB zu sehen. Dabei müssen wir, um die Funktion des § 518 Abs. 2 verstehen zu können, zunächst einmal von der in ihm enthaltenen Regelung absehen und uns mit dem Fall beschäftigen, daß zuerst eine formnichtige Versprechensschen-

Ein Kriterium für die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle könnte sich aber aus der Person des Schenkers ergeben. Dieses Kriterium könnte das Bedürfnis des Schenkers sein, vor Übereilung geschützt zu werden. Dieser Übereilungsschutz soll durch die gesetzliche Formvorschrift für die Versprechensschenkung gewährleistet werden.¹ Es fragt sich, ob dieser Übereilungsschutz noch gewährleistet ist, wenn der Schenker, der "animo solvendi" in Unkenntnis der Formnichtigkeit aufgrund einer formunwirksamen Versprechensschenkung die "versprochene" Leistung erbringt, eben diese Leistung nicht mehr kondizieren kann. Für eine Verneinung dieser Frage könnte folgendes sprechen: Der Grund für die formlose Wirksamkeit der Handschenkung liegt darin, daß der Schenker bei ihr das eigentliche Opfer, das er sofort erbringt, direkt vor Augen hat. Die Tragweite seines Tuns vor Augen kann er sich frei entscheiden, ob er dieses Opfer auf sich nehmen will oder nicht. Von dem Opfer selbst gehen die Warnimpulse aus, die den Schenker vor Übereilung schützen. Anders bei der Versprechensschenkung. Hier erbringt der Schenker das eigentliche Opfer noch nicht sofort, sondern geht zuerst einmal nur eine Verbindlichkeit ein, die ihn als solche noch nicht schmerzt. Von der formlosen Forderungsbegründung, die aber - wenn ihr das Gesetz Wirksamkeit zusprechen würde - den Verlust des eigentlichen Schenkungsgegenstandes für den Schenker nach sich ziehen würde, gehen nicht die gleichen Warnimpulse aus wie von der Erbringung des eigentlichen Opfers. Deshalb ordnet das Gesetz für die Wirksamkeit einer solchen Forderungsbegründung die notarielle Beurkundung an. Von dieser Beurkundungsform sollen die Warnimpulse ausgehen, die den Schenker vor Übereilung schützen. Gibt der Schenker nun zunächst ein formloses Schenkungs-

1 Motive Bd. II S. 293.

kung und anschließend eine Übertragung des "versprochenen" Gegenstandes vorgenommen wird. Es ist zunächst zu fragen, ob in diesem Fall der Gegenstandserwerb des Beschenkten durch eine in dem dinglichen Übertragungsakt liegende Handschenkung gerechtfertigt wird. Bei den objektiven Schenkungsmerkmalen ergeben sich keine Schwierigkeiten. Sie werden erst durch die dingliche Übertragung verwirklicht, da eine Kompensation auf der Seite des Schenkers (durch das Freiwerden von einer Verbindlichkeit aus einer Versprechensschenkung) und eine solche auf der Seite des Beschenkten (durch den Verlust einer entsprechenden Forderung) mangels einer wirklichen Versprechensschenkung nicht stattfinden. Schwierigkeiten ergeben sich aber im subjektiven Bereich. Hier gilt es zu differenzieren. Es treten keine Schwierigkeiten auf, wenn die Parteien bei der Vornahme der dinglichen Übertragung sich dessen bewußt sind, daß die Versprechensschenkung formnichtig und der Schenker aus ihr zur Übertragung nicht verpflichtet gewesen ist. Dann handeln sie nämlich bei der dinglichen Übertragung mit Schenkungswillen (*animo donandi*), da weder im Hinblick auf eine zu erfüllende Verbindlichkeit, noch im Hinblick auf eine sonstige Gegenleistung übertragen wird. Sämtliche Schenkungsmerkmale werden somit mit dem dinglichen Übertragungsakt verwirklicht. Es liegt eine wirkliche Handschenkung vor.

Problematisch wird es, wenn die Parteien den Formmangel der Versprechensschenkung nicht erkennen, von ihrer Wirksamkeit ausgehen und die dingliche Übertragung im Hinblick auf die angebliche Verbindlichkeit des Schenkers aus der Versprechensschenkung vornehmen. Hier ist trotz Vorliegens der objektiven Schenkungsmerkmale eine Handschenkung an und für sich nicht gegeben, weil die Parteien keine Schenkung, sondern die Erfüllung einer bereits vorgenommenen Schenkung wollen. Der Schenker handelt nicht "*animo donandi*", sondern "*animo solvendi*",

um eine geschenkte Forderung zu erfüllen. Der dingliche Erwerb des Beschenkten erfolgt somit an und für sich ohne wirksame causa. Die Versprechensschenkung ist nichtig; eine spätere Handschenkung liegt nicht vor. Die logische Schlußfolgerung daraus wäre, daß in diesem Fall dem Schenker ein Kondiktionsanspruch gegen den Beschenkten zusteht.

Hier greifen aber nun die o.a. Erwägungen Platz. Die Annahme einer wirksamen Handschenkung im Augenblick des dinglichen Übertragungsaktes scheitert nämlich nur an der Tatsache, daß eine Versprechensschenkung vorangegangen ist. Wäre eine unverbindliche "Zusage" vorangegangen, so läge im Augenblick der dinglichen Übertragung eine wirksame Handschenkung vor, die einem Kondiktionsanspruch des Schenkers entgegenstünde. Es fragt sich, warum der Schenker, der die Leistung vorher unwirksam versprochen hat, diese Leistung zurückfordern dürfen soll, wo er dies nicht könnte, wenn er die Leistung vorher nicht versprochen hätte. In Anbetracht dessen, daß eine normale Handschenkung und eine erfüllte formunwirksame Versprechensschenkung im objektiven Ergebnis und im subjektiven Einverständnis der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieses Ergebnisses gleich sind, kann eine Ungleichbehandlung der beiden Fallkonstellationen sich nur aus dem Unterschied rechtfertigen, daß die Parteien im hier zur Diskussion stehenden Versprechensschenkungsfall im Gegensatz zu den normalen Handschenkungsfällen zwischenzeitlich irrig von einer Forderung aus einer Versprechensschenkung ausgehen. Aus der Person des Beschenkten läßt sich kein Kriterium für eine Differenzierung gewinnen. Der gute Glaube an ein nicht bestehendes Forderungsrecht ist zwar nach dem BGB kein Grund, jemanden besser zu stellen, er ist aber auch kein Grund, jemanden schlechter zu stellen. Solch ein guter Glaube nützt nichts, er schadet aber auch nicht.

in Aussicht gestellten Handschenkung und die Fälle der Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung in Kenntnis der Unwirksamkeit auf der einen Seite und die Fälle der Erfüllung einer formnichtigen Versprechensschenkung in Unkenntnis der Nichtigkeit auf der anderen Seite rechtlich verschieden behandeln.

Eine solche verschiedene Behandlung sah der erste Entwurf zum BGB vor.¹ Der erste Entwurf regelte in § 440 die Formbedürftigkeit des Schenkungsversprechens; in § 441 sah er die Formlosigkeit einer durch "Veräußerung vollzogenen Schenkung" vor. Die "durch Veräußerung vollzogene Schenkung" war identisch mit dem, was wir heute als "Handschenkung" bezeichnen. Eine Vorschrift, nach der ein nicht formgerechtes Schenkungsversprechen durch Vollziehung konvalesziert, haben die Mitglieder der ersten Kommission ausdrücklich abgelehnt.²

Somit kamen als Rechtsgründe dafür, daß der Beschenkte den eigentlichen Schenkungsgegenstand behalten darf, auch nur eine Forderung aus einer formgerechten Versprechensschenkung und eine "durch Veräußerung vollzogene Schenkung" (= Handschenkung) in Betracht, nicht aber eine "durch Vollzug geheilte formunwirksame Versprechensschenkung". Also war, wenn der Schenker eine von ihm vorher formunwirksam versprochene Leistung erbrachte, zu unterscheiden. Leistete er in Kenntnis der Formunwirksamkeit und somit "animo donandi", so war der Erwerb des Beschenkten durch eine Handschenkung gem. § 441 gerechtfertigt. Leistete er dagegen in Unkenntnis der Formunwirksamkeit "animo solvendi", so war der Erwerb des Beschenkten nicht gerechtfertigt. Eine Forderung aus einer wirksamen Versprechensschenkung gem. § 440 schied wegen der mangelnden Form als Rechtsgrund

1 E I S 96.

2 Motive Bd. II S. 295.

versprechen ab und handelt er dann später bei der Erbringung des "versprochenen" Leistung nur in Erfüllung dieser "Verpflichtung" aus der Versprechensschenkung, weil er diese für wirksam hält, so wirken zu keinem Zeitpunkt Warnimpulse in der beschriebenen Art und Weise auf den Schenker ein. Bei der vorhergehenden Versprechensschenkung kommt die Warnung durch die notarielle Form nicht zum Zuge, während bei dem nachfolgenden dinglichen Übertragungsakt die freie Entscheidungsmöglichkeit des Schenkers fehlt. Auch hier hat der Schenker bei der dinglichen Übertragung das eigentliche Opfer vor Augen. Da er aber irrigerweise meint, zu dieser Übertragung aufgrund einer wirksamen Versprechensschenkung verpflichtet zu sein, kann der an und für sich in dem Opfer liegende Warnimpuls nicht ungehindert auf ihn einwirken. Ein möglicherweise übereilt, weil ohne den Schutz der notariellen Beurkundung abgegebenes Schenkungsversprechen wird hier durch die dingliche Übertragung erfüllt, ohne daß - wie bei einer isolierten Handschenkung - von dem dinglichen Opfer für den Schenker eine voll wirksame Warnung ausgehen kann. Selbst wenn er sich nun - das eigentliche Opfer vor Augen - von dem Schenkungsgegenstand lieber nicht trennen würde, so wird er die dingliche Übertragung vielleicht doch vornehmen, da ihm nach seiner Ansicht gar nichts anderes übrig bleibt. Hierin liegt ein relevanter Unterschied zu der Konstellation bei der vorher bloß in Aussicht gestellten Handschenkung. Bei ihr kann sich der Schenker im Augenblick der dinglichen Übertragung noch frei fühlen, da eine zu erfüllende Forderung nicht existiert und er dies auch weiß. Der von dem Opfer ausgehende Warnimpuls kann ihn noch von der Handschenkung abhalten. Ebenso ist die Sachlage, wenn die vorangegangene Versprechensschenkung formunwirksam ist, der Schenker die spätere dingliche Vollziehung aber in Kenntnis dieser Unwirksamkeit vornimmt. Unter dem Aspekt einer wirksamen Warnung des Schenkers könnte man die Fälle der bloß

aus; eine wirksame Handschenkung gem. § 441 scheiterte an dem fehlenden Schenkungswillen des Schenkers im Augenblick der dinglichen Erfüllung. Da es keinen Rechtsgrund der "durch Vollzug geheilten formunwirksamen Versprechensschenkung" gab, konnte somit der Schenker in diesem Fall kondizieren. Die Mitglieder der ersten Kommission waren der Ansicht, daß in einem solchen Fall "der dingliche Akt nur das äußere Ansehen einer durch Veräußerung vollzogenen Schenkung i.S.d. Entwurfes" hätte.¹ In Wirklichkeit läge der Sache nach ein ganz normaler Fall "der Erfüllung einer irrtümlich als bestehend vorausgesetzten Verbindlichkeit" vor, "so daß die Grundsätze über Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld zur Anwendung gelangen" müßten.²

Daß die Gewährung eines Kondiktionsanspruches in diesem Fall nicht nur dogmatisch begründet, sondern auch aus einem Wertungsgesichtspunkt, nämlich aus Sinn und Zweck der Formpflicht bei der Schenkung, hergeleitet werden kann, findet sich als explizite Erwägung in den Motiven nicht. Dies bedeutet aber nicht, daß die Mitglieder der ersten Kommission diesen Wertungsgesichtspunkt nicht berücksichtigt haben. Führt die Anwendung allgemeiner dogmatischer Regeln zu einem Ergebnis, das der Wertung der Interessen entspricht, so besteht für die Gesetzesverfasser keine Veranlassung, dies in den Gesetzesmaterialien noch einmal gesondert hervorzuheben. Die wertungsmäßige Richtigkeit dieses Ergebnisses wird sich für die Mitglieder der ersten Kommission aus den Erwägungen ergeben haben, die sie ausdrücklich zum Sinn und Zweck der Formpflicht bei der Schenkung angestellt haben.³

Die Mitglieder der zweiten Kommission waren dagegen der

1 Motive Bd. II S. 295.

2 Motive Bd. II S. 295.

3 Motive Bd. II S. 293.

Ansicht, daß es nicht gerechtfertigt sei, im Falle der Erbringung einer versprochenen Leistung im Anschluß an eine vorangegangene formunwirksame Versprechensschenkung die Existenz eines Kondiktionsanspruches des Schenkers davon abhängig zu machen, ob der Schenker bei der Erbringung dieser Leistung in Kenntnis der Unwirksamkeit "animo donandi" oder in Unkenntnis der Nichtigkeit "animo solvendi" gehandelt habe. Durch eine solche Unterscheidung "würden Feinheiten in das Gesetz hineingetragen, welche dem Verkehr unverständlich bleiben und die Handhabung des Gesetzes unnötig erschweren würden".¹

Letzteres leuchtet unmittelbar ein. Versagt man nämlich dem Schenker in beiden Fällen den Kondiktionsanspruch, so braucht der Richter zur Bejahung der Rechtsbeständigkeit des Erwerbs nur noch zu prüfen, ob objektiv der Beschenkte auf Kosten des Schenkers bereichert ist und ob subjektiv dies nicht im Hinblick auf ein sonstiges Äquivalent geschehen ist; das Freiwerden von einer geschenkten Verbindlichkeit kommt als Äquivalent nicht in Betracht. Es ist somit nicht entscheidungserheblich, ob der Schenker den Gegenstand schenken wollte (unmittelbares Beruhen des Gegenstandserwerbs auf der Schenkungscausa) oder den Gegenstand zur Erfüllung einer geschenkten Forderung leisten wollte (mittelbares Beruhen des Gegenstandserwerbs auf der Schenkungscausa).

Mit den Feinheiten, die dem Verkehr unverständlich bleiben, dürfte die in unserer Ausgangsüberlegung angesprochene Erwägung gemeint sein, daß es für das Rechtsgefühl - zumal für das von juristischen Laien - nur schwer einsichtig wäre, wenn die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs des Beschenkten von den Subtilitäten der dogmatischen Verknüpfung von Erwerbsakt und Schen-

1 Protokolle Bd. II S. 11.

kungscausa abhängen würde. Die Mitglieder der zweiten Kommission werden hier das vor Augen gehabt haben, was wir bei dem Vergleich zwischen einer Handschenkung, die vorher gar nicht oder nur unverbindlich in Aussicht gestellt war, und einer unentgeltlichen Zuwendung, die vorher verbindlich - wenn auch formunwirksam - versprochen war, erörtert haben. Der Rechtsverkehr hätte wohl in der Tat kein Verständnis dafür, daß der Beschenkte zur Rechtfertigung seines Erwerbs behaupten müßte, daß der Schenker diesen Erwerb vorher gar nicht oder nur unverbindlich in Aussicht gestellt habe, aber nicht behaupten dürfte (so er den Prozeß gewinnen will), daß der Schenker mit der Übertragung des Gegenstandes ein vorheriges bindend gemeintes Versprechen habe erfüllen wollen. Mit Recht waren die Mitglieder der zweiten Kommission der Ansicht, daß "die Praktikabilität des Rechts hier eine Vereinfachung verlange".¹ Diese Vereinfachung sollte darin bestehen, daß "dem Schenker also die *condictio* versagt sein soll, wenn er in der irrigen Meinung, an ein formloses Versprechen gebunden zu sein, dieses Versprechen durch die Leistung erfüllt hat".²

Mit dieser Regelung wurde, was in den Protokollen nicht *expressis verbis* erörtert wird, in Kauf genommen, daß Sinn und Zweck des Formzwanges nicht mit der gleichen Perfektion berücksichtigt werden wie in der Regelung des ersten Entwurfes. Der Wertungsgesichtspunkt des Schutzes des Schenkers vor Übereilung wurde gegenüber dem Wertungsgesichtspunkt der Praktikabilität des Rechts zurückgestellt. Die nur so zu begründende Regelung der zweiten Kommission sollte sich von der Regelung der ersten Kommission materiell nur dadurch unterscheiden, daß die nach dem ersten Entwurf bestehende Kondiktionsmöglichkeit des Schenkers ausgeschlossen wurde, der in

1 Protokolle Bd. II S. 11.

2 Protokolle Bd. II S. 11.

"animo solvendi" in Unkenntnis der Formnichtigkeit auf ein formunwirksames Schenkungsversprechen hin leistet.

Diese materielle Regelung des Kondiktionsausschlusses hätte der Gesetzgeber am einfachsten dadurch dargestellt, daß er bestimmt hätte: Eine durch Veräußerung vollzogene Schenkung (Handschenkung) liegt auch dann vor, wenn der Schenker in Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung handelt.

Er hätte damit den Handschenkungs begriff ausgedehnt auf den Fall der in Unkenntnis der Formunwirksamkeit "animo solvendi" erfolgten Leistung eines vorher formunwirksam versprochenen Gegenstandes. Er hätte dadurch klargestellt, daß dieser Fall, in dem alle Schenkungsmerkmale bis auf den Schenkungswillen im Augenblick der Übertragung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes erfüllt sind, ebenso zu behandeln ist wie der Fall einer normalen (isolierten) Handschenkung. Für eine wirksame Handschenkung wäre es im subjektiven Bereich somit gleichgültig gewesen, ob der Schenker in einem Akt - also gleich den Gegenstand - schenken wollte, oder in zwei Akten - zuerst Schenkung einer auf den Gegenstand gerichteten Forderung und dann Erfüllung dieser Forderung - vorgehen wollte. Hätte der Gesetzgeber diese Konstruktion gewählt, so hätte folgendes gegolten:

Das Schenkungsrecht stellt dem Schenker zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Zum einen kann er dem Beschenkten schenkweise eine Forderung auf den eigentlichen Schenkungsgegenstand zuwenden. Diese Zuwendung ist formpflichtige Schenkung. Ist die Form gewahrt, so ist die spätere Übertragung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes keine Schenkung mehr, sondern Erfüllung einer geschenkten Forderung. Zum anderen kann der Schenker dem Beschenkten den eigentlichen Schenkungsgegenstand formlos schenkweise zuwenden. Eine solche formlos wirksame Handschenkung liegt vor, wenn entweder überhaupt keine Versprechensschenkung

oder eine formunwirksame Versprechensschenkung vorangegangen ist. Im Fall einer vorangegangenen formunwirksamen Versprechensschenkung liegt die Schenkung deshalb erst in der Übertragung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes, weil die Schenkung der Forderung mißglückt ist. Eine erfüllbare geschenkte Forderung existiert nicht. Hat der Schenker dies erkannt ("animo donandi"-Fall), so hat er auch im Augenblick der Übertragung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes den Schenkungswillen. Hat er dies nicht erkannt ("animo solvendi"-Fall), so hat er den Willen in diesem Augenblick nicht. Da er aber durchaus den Willen zu einer im Ergebnis unentgeltlichen Zuwendung hat - er will eine geschenkte Forderung erfüllen - und da eine Unterscheidung nach derartigen dogmatischen Subtilitäten unpraktikabel erscheint, wird dieser Fall gleichbehandelt.

Der Beschenkte darf somit den eigentlichen Schenkungsgegenstand behalten, wenn ihm eine Forderung auf diesen Gegenstand durch wirksame Versprechensschenkung zugewendet worden ist, oder wenn eine Handschenkung vorgelegen hat. Ein Drittes gibt es nicht. Es gibt ausschließlich die Rechtsgründe der "Forderung aus wirksamer Versprechensschenkung" und der "Handschenkung". Einen Rechtsgrund der "geheilten formunwirksamen Versprechensschenkung" gibt es nicht.

Diesen konstruktiven Weg ist der Gesetzgeber indes nicht gegangen. Zum Ansatzpunkt seiner konstruktiven Lösung hat er nicht die Handschenkung, sondern die Versprechensschenkung gewählt. Er ist von der formunwirksamen Versprechensschenkung ausgegangen und hat angeordnet, daß der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird. Diese Anordnung in § 440 Abs. 2 des zweiten Entwurfes ist in § 518 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches geltendes Recht geworden.

Die Gleichbehandlung des "animo solvendi"-Falles mit

dem "animo donandi"-Fall - nur diese Gleichstellung wollte die zweite Kommission in Abänderung des ersten Entwurfes im Gesetz verankern - ist somit konstruktiv nicht durch die naheliegende Erweiterung des Handschenkungsbegriffes um diesen einen Fall erfolgt, sondern durch die Einführung der Heilungsvorschrift des § 518 Abs. 2. Nach der konstruktiven Lösung der zweiten Kommission sollte im "animo solvendi"-Fall die Kondiktion des Schenkers dadurch ausgeschlossen werden, daß "der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird". Rechtsgrund für das Behalten dürfen des Beschenkten sollte also nicht eine Handschenkung (bei Nichterweiterung des Handschenkungsbegriffs wegen fehlenden Schenkungswillens nicht gegeben), sondern die "geheilte formunwirksame Versprechensschenkung" sein.

Diese Lösung ist unglücklich, weil sie zu Mißverständnissen verführt. Zuerst einmal verdeckt sie den ganz engen "instrumentalen" Sinn und Zweck der Regelung. Sinn und Zweck der Regelung ist es ausschließlich, die Kondiktion im "animo solvendi"-Fall auszuschließen. Die Formulierung des § 518 Abs. 2 umfaßt dagegen auch den "animo donandi"-Fall bei vorangegangener formunwirksamer Versprechensschenkung. Erfolgt aber im Anschluß an eine formnichtige Versprechensschenkung eine Leistung des "versprochenen" Gegenstandes in Kenntnis der Formnichtigkeit "animo donandi", so liegt eine Handschenkung vor. Dieses Mißverständnis ist allerdings nicht besonders gravierend, da es sich nicht auf der Rechtsfolgenseite, sondern nur bei der Klarheit der dogmatischen Einordnung auswirkt. Auf der Rechtsfolgenseite kann sich aber die Tatsache auswirken, daß das Heilungskriterium "Bewirkung der versprochenen Leistung" seinem Wortlaut nach nicht ganz eindeutig ist. Ist die Leistung schon mit der Leistungshandlung des Schenkers oder erst mit dem Leistungserfolg beim Beschenkten bewirkt? Diese Un-

klarheit ist im Laufe der Zeit noch dadurch gesteigert worden, daß schon die Gesetzesverfasser¹ und daran anschließend dann Rechtsprechung und Rechtslehre² den vergleichsweise noch unklarerer Begriff "Vollziehung" als Synonym für "Bewirkung der Leistung" benutzt haben. Dadurch - und das ist das gravierende durch die gesetzgeberische Lösung geförderte Mißverständnis - kommt es zu einer Betrachtungsweise, die den "Vollzug" des Schenkungsversprechens verselbständigt und dabei den Bezug zur Handschenkung verliert. Daß dies ein Mißverständnis ist, ist allein schon dadurch bewiesen, daß der Gesetzgeber - wie gezeigt - die einzige materielle Regelung, die er auf dem konstruktiven Wege der Heilung gem. § 518 Abs. 2 treffen wollte, auf einem anderen konstruktiven Wege hätte bewerkstelligen können, ohne daß ein "Vollzug" (eine "Bewirkung der versprochenen Leistung") als Tatbestandsmerkmal aufgetaucht wäre. Durch dieses Tatbestandsmerkmal wird also mehr verdeckt, denn klar gestellt, daß es nur darum geht, die "animo solvendi" aufgrund einer formunwirksamen Versprechensschenkung erfolgende Leistung der "animo donandi" erfolgenden Handschenkung gleichzustellen, weil es letztlich keinen Unterschied machen soll, ob der Schenker in einem Akt oder in zwei Akten schenken will. Dadurch, daß der Gesetzgeber in der Konstruktion nicht an diese Gleichstellung angeknüpft hat, verstellt er den Blick dafür, daß § 518 Abs. 2 nur einen Kondiktionsausschluß für diesen einen Fall anordnet. Aus § 518 Abs. 2 läßt sich somit kein eigenständiger Vollzugsbegriff gewinnen. § 518 Abs. 2 schafft in der Sache nicht etwas Drittes neben der formwirksamen Versprechensschenkung und der form-

1 Protokolle Bd. II S. 11.

2 Als Beispiele für den synonymen Sprachgebrauch vgl. statt aller nur RGZ 77, 333, 335; BGH NJW 1975, 1881, 1882; Staudinger-Reuss § 518 RdNr. 14.

los wirksamen Handschenkung. § 518 Abs. 2 besagt in seinem materiellen Gehalt nur, daß eine formlos wirksame Handschenkung auch dann vorliegt, wenn die Leistung in Erfüllung eines formunwirksamen Schenkungsversprechens vorgenommen wird.¹ Wer sich also zur Bestimmung des Vollzugsbegriffes in § 2301 Abs. 2 auf den Weg zu § 518 Abs. 2 begibt, der muß am Ende dieses Weges erkennen, daß § 518 Abs. 2 für einen eigenständigen Vollzugsbegriff nichts hergibt.

b) § 518 Abs. 2 als erweiternde Definitionsnorm

Legt man die wirkliche Bedeutung des § 518 Abs. 2 zugrunde, so zeigt sich, daß Fragestellung (§ 2301 Abs. 2) und angebliche Antwort (§ 518 Abs. 2) nicht miteinander korrespondieren. Bei § 2301 wird danach gefragt, wie weit der Schenker sich rechtsgeschäftlich binden muß, um sich nicht mehr im Bereich der Verfügungen von Todes wegen, sondern im Bereich der lebzeitigen Rechtsgeschäfte zu befinden. Würde man die Antwort bei § 518 Abs. 2 suchen, so erhielte man als Antwort die Aussage, daß im Bereich der lebzeitigen Rechtsgeschäfte ein Schenker, der aufgrund eines formunwirksamen Schenkungsversprechens "in animo solvendi" leistet, seine Leistung genauso wenig kondizieren kann wie ein Schenker, der eine isolierte Handschenkung vornimmt, weil der Gesetzgeber

1 Diese Interpretation des § 518 Abs. 2 entspricht nicht der h.M. Die hier vertretene Interpretation wird in der Sache geteilt von: Kühlenbeck JW 1902, 241, 242; Eckstein AcP 107, 384, 398, 403, 404; D. Reinicke NJW 1970, 1447 ff; Tiedtke FR 1976, 602, 603; Staudinger-Reuss § 518 RdNr. 7; Häsemeyer S. 249, 250, 251, der in erster Linie darauf abstellt, daß das formlose Schenkungsversprechen eine vorweggenommene Rechtsgrundabrede darstelle. Zur Interpretation des § 518 Abs. 2 durch die h.M. vgl. später S. 64 ff.

diese beiden Fälle gleichbewertet hat. Frage und Antwort korrespondieren nicht miteinander. Gefragt wird nach der grundsätzlichen Trennungslinie zwischen Erbrecht und lebzeitigem Schenkungsrecht. Geantwortet wird damit, daß im Recht der lebzeitigen Schenkungen ein ganz bestimmter schenkungserwerb auch den formlos wirkenden Handschenkungen zuzuordnen ist. Eine solche Norm, die in der Sache nur eine erweiternde Definitionsnorm ist, kann naturgemäß die Frage nach einer grundsätzlichen Trennungslinie nicht beantworten, weil eine erweiternde Definition eine zu erweiternde, schon bestehende Definition voraussetzt. Im Schenkungsrecht unter Lebenden ist diese Grunddefinition, die durch § 518 Abs. 2 nur erweitert wird, in der Definition der formlos wirksamen Handschenkung des § 516 Abs. 1 vorgegeben. § 518 Abs. 2 besagt nur, daß auch der "animo solvendi"-Fall der formlos wirksamen Handschenkung des § 516 Abs. 1 zuzurechnen ist. Nur auf dem Hintergrund dieser vorgegebenen Definition des § 516 Abs. 1 ist § 518 Abs. 2 zu verstehen. Bei § 2301 haben wir keine solche vorgegebene Definition. § 2301 soll vielmehr selbst erst die grundsätzliche Definition zur Trennung zwischen Verfügungen von Todes wegen und lebzeitigen Schenkungen liefern. Eine Vorschrift, daß etwas auch eine formlos wirksame Handschenkung ist, kann nur im Rahmen eines Normbereichs angewendet werden, für den schon feststeht, daß die Trennungslinie zwischen Formfreiheit und Formpflicht mit der Grenzlinie zwischen Handschenkung und Versprechensschenkung identisch ist. Dies ist für § 2301 aber erst noch zu beweisen. Diesen Beweis kann man sich nicht dadurch ersparen, daß man im Rahmen des § 2301 einfach den § 518 Abs. 2 heranzieht. Dies wäre eine unzulässige "petitio principii". Eine Anwendung des § 518 Abs. 2 setzt die Geltung dieser Trennungslinie voraus; die Geltung dieser Trennungslinie kann nicht durch die Anwendung des § 518 Abs. 2 geschaffen werden.

- c) § 2301 Abs. 2 als gesetzgeberisch unabhängig von
§ 518 Abs. 2 getroffene Regelung

Es kann auch keine Rede davon sein, daß der Gesetzgeber in § 2301 Abs. 2 auf § 518 Abs. 2 Bezug nehmen und damit - sozusagen inzident - diese Trennungslinie bei § 2301 voraussetzen wollte. Es ist vielmehr so, daß die Regelung des § 2301 Abs. 2 mit der Regelung des § 518 Abs. 2 nichts zu tun hat. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte. Die Worte "vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes" im heutigen § 2301 Abs. 2 entsprechen dem Wortlaut des § 2167 Abs. 2 des zweiten Entwurfes. Aus den Beratungen der zweiten Kommission ergibt sich,¹ daß die Mitglieder der zweiten Kommission durch diese Formulierung den § 1963 des ersten Entwurfes, der insoweit die Worte "wenn die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist" gewählt hatte, inhaltlich bestätigen wollten. Der erste Entwurf kannte aber nur das formbedürftige Schenkungsversprechen in § 440 und die formlos wirksame Handschenkung in § 441. Der erste Entwurf enthielt keine Vorschrift über die Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung. Die Mitglieder der ersten Kommission gingen vielmehr - wie gezeigt - davon aus, daß eine im Anschluß an eine formunwirksame Versprechensschenkung "animo donandi" bewirkte Leistung des "versprochenen" Gegenstandes als Handschenkung gem. § 441 gerechtfertigt sei, und hielten eine im Anschluß an eine solche formunwirksame Versprechensschenkung "animo solvendi" bewirkte Leistung für nach den allgemeinen Grundsätzen über Rückforderung einer nicht geschuldeten Leistung kondizierbar.² Der heutige § 518 Abs. 2 - § 440 Abs. 2 des zweiten Entwurfes - wurde von der zweiten Kommission geschaffen, um diese Kondiktionsmöglichkeit auszuschlie-

1 Protokolle Mugdan Bd. V S. 762.

2 Motive Bd. II S. 295.

ßen. Die gesetzgeberischen Erwägungen, die der Schaffung dieser Vorschrift zugrunde lagen, können somit auf § 2301 Abs. 2, der auf § 1963 des ersten Entwurfes zurückgeht, keinen Einfluß ausgeübt haben. § 2301 Abs. 2 stammt aus einer älteren gesetzgeberischen Schicht als § 518 Abs. 2. Die Trennungslinie, die § 2301 Abs. 2 zwischen den Verfügungen von Todes wegen und den lebzeitigen Schenkungen zieht, ist vom ersten Entwurf gezogen worden; § 518 Abs. 2 ist erst vom zweiten Entwurf geschaffen worden. Aus § 518 Abs. 2 lassen sich also keinerlei Erkenntnisse für die Auslegung des § 2301 Abs. 2 gewinnen.

- d) Die Kombination aus falscher Bezugnahme auf § 518 Abs. 2 und aus unrichtiger Auslegung dieser Vorschrift als Ursache für Fehlinterpretationen des § 2301 Abs. 2

Der Weg über § 518 Abs. 2 stellt somit einen Irrweg dar. Auf diesem Irrweg wird dann außerdem der § 518 Abs. 2 häufig auch noch falsch angewendet. § 518 Abs. 2 wird nämlich von der h.M. nicht in der eben dargelegten, am Schenkungserfolg der Handschenkung orientierten Art und Weise ausgelegt, die sich zwingend aus der schon beschriebenen Funktion dieser Vorschrift als Kondiktionsausschluß ergibt. Die h.M. zu § 518 Abs. 2 stellt für den Schenkungsvollzug i.S.d. Vorschrift (= Bewirkung der versprochenen Leistung) auf die Schenkungshandlung des Schenkers ab. Nach dieser h.M.¹ ist die schenkweise versprochene Leistung bewirkt, wenn der Schenker alles

¹ BGH NJW 1970, 941, 942; LG Köln NJW 1973, 1880, 1881; Brox, Festschrift für Bosch S. 75, 88; Palandt-Thomas § 518 Anm. 5; Soergel-Ballerstedt § 518 RdNr. 7; wohl auch Erman-Seiler § 518 RdNr. 7 und 8.

getan hat, was von seiner Seite aus zum Erwerb des Schenkungsgegenstandes durch den Beschenkten erforderlich ist. Eine überzeugende Begründung wird dafür nicht gegeben. Die h.M. wird entweder überhaupt nicht¹ oder mit dem lapidaren Hinweis begründet, daß die gesetzgeberischen Gründe für die in § 518 Abs. 1 vorgeschriebene Beurkundungsform entfielen, wenn der Schenker seinen Zuwendungswillen in dieser umfassenden Weise in die Tat umgesetzt habe.²

Dieser Argumentation kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sie den Zusammenhang zwischen den gesetzgeberischen Motiven für eine Norm und den Tatbestandsvoraussetzungen eben dieser Norm nicht richtig sieht. Der Gesetzgeber formuliert aus bestimmten Motiven heraus die abstrakten und generellen Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm. Werden diese Tatbestandsmerkmale durch einen konkreten Lebenssachverhalt ausgefüllt, so ist diese Norm auf diesen Sachverhalt anzuwenden, ohne daß es noch einer Prüfung bedarf, ob die gesetzgeberischen Motive auch für diesen konkreten Einzelfall zutreffen. Der konkrete Einzelfall darf der abstrakten und generellen Norm nicht mit der Begründung entzogen werden, er werde von den gesetzgeberischen Motiven nicht erfaßt.³ Ein solches Vorgehen wäre mit der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren.⁴

So weit will indes wohl auch die h.M. zu § 518 Abs. 2 nicht gehen. Sie will offenbar nicht in eine Einzelfallprüfung eintreten, inwieweit im konkreten Einzelfall der Übereilungsschutz gewährleistet war, sondern vielmehr abstrakt-generell in allen Fällen, in denen der

1 Brox a.a.O.; Palandt-Putzo a.a.O.; Soergel-Ballerstedt a.a.O.; Erman-Seiler a.a.O.

2 So: BGH NJW 1970, 941, 942; LG Köln NJW 1973, 1880, 1881.

3 Vgl. z.B. BGHZ 16, 334, 335; BGH WM 63, 1066, 1068.

4 Vgl. Larenz Methodenlehre S. 379

Schenker das seinerseits Erforderliche getan hat, auf das gesetzgeberische Motiv des Übereilungsschutzes zurückgreifen und mit der Berufung auf dieses Motiv in allen diesen Fällen einen Vollzug i.S.d. § 518 Abs. 2 bejahen.

Nun ist es zwar möglich, mit der Berufung auf die ratio legis einer Norm eine ganze Fallgruppe den abstrakten und generellen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm zu entziehen, wenn diese ratio legis auf die abstrakt und generell umschriebene Fallgruppe nicht zutrifft.¹ Die h.M. will aber nicht eine - nach bestimmten Merkmalen umschriebene - Fallgruppe aus der gesetzlichen Regelung herausnehmen. Wollte sie nur dies, so müßten bei ihr Fälle übrig bleiben, in denen die Schenkungshandlung zum Vollzug nicht ausreichte. Von solchen Fällen ist aber bei der h.M. nicht die Rede. Die h.M. will vielmehr den § 518 Abs. 2 in allen Fällen mit der Maßgabe anwenden, daß die versprochene Leistung i.S.d. Vorschrift bewirkt ist, wenn der Schenker das seinerseits Erforderliche getan hat. Der Rückgriff auf das gesetzgeberische Motiv dient somit nicht dazu, in zulässiger Weise im Wege der teleologischen Auslegung oder Reduktion eine bestimmte Fallgruppe aus der Formpflicht herauszunehmen, sondern dazu, die Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes generell zu korrigieren.

Das Gesetz meint nämlich in § 518 Abs. 2 mit "Bewirkung der versprochenen Leistung" den Erfüllungserfolg beim Beschenken. Dies ergibt sich schon aus der bereits dargestellten Funktion des § 518 Abs. 2, für den Fall der "in animo solvendi" erfolgenden Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung einen Kondiktionsanspruch des Schenkers auszuschließen. Der Gesetzgeber sah

¹ Es handelt sich um die Fälle der restriktiven Auslegung und die der teleologischen Reduktion. Vgl. dazu Larenz Methodenlehre S. 377 f.

diesen Fall als einen Fall einer formlos wirksamen Handschenkung an. Eine Handschenkung setzt aber einen Erfüllungserfolg beim Beschenkten voraus, nämlich die Bereicherung des Beschenkten. Die übrigen anerkannten Auslegungskriterien bestätigen eine solche Interpretation des § 518 Abs. 2.

1. Wortsinn des § 518 Abs. 2:

Schon vom Wortsinn her liegt es nahe, daß das Gesetz mit der "Bewirkung der versprochenen Leistung" in § 518 Abs. 2 dasselbe meint wie mit der "Bewirkung der geschuldeten Leistung" in § 362 Abs. 1. In der Regel verbindet der Gesetzgeber in demselben Gesetz mit denselben Worten auch denselben Sinn.¹ Daß im Rahmen des § 362 Abs. 1 das Schuldverhältnis erst mit dem Eintritt des Erfüllungserfolges erlischt, bedarf keiner weiteren Erläuterung.²

2. Systematik des Gesetzes:

Systematisch ist die Heilungsvorschrift des § 518 Abs. 2 im Zusammenhang mit den Heilungsvorschriften der §§ 313 S. 2, 766 S. 2 zu sehen. Beide Vorschriften stellen unmißverständlich auf den Erfüllungserfolg ab. Bei der Schaffung des heutigen § 518 Abs. 2 hat der Gesetzgeber ausdrücklich auf den heutigen § 313 S. 2 Bezug genommen. "Ähnliche Erwägungen, wie sie die Kommission zu § 351 Abs. 2" (der heutige § 313 S. 2) "bestimmt haben..., sind auch hier" (beim heutigen § 518 Abs. 2) "zutreffend".³

3. Teleologische Betrachtungsweise:

Ratio legis der Formpflicht ist in erster Linie der Schutz des Schenkers vor Übereilung. Das Gesetz geht davon aus, daß der Zuwendungsakt bezüglich des eigent-

1 Vgl. Larenz Methodenlehre S. 308, 309.

2 Vgl. statt aller: Erman-H.P. Westermann § 362 Anm. 1 m.w.N.

3 Protokolle Bd. II S. 11.

lichen Schenkungsgegenstandes eine solche Warnfunktion ausübt, daß der aufgrund dieses Zuwendungsaktes erfolgende Erwerb keiner Form mehr bedarf, um rechtsbeständig zu sein. Das Opfer des Schenkers, das darin liegt, daß er den Beschenkten um den eigentlichen Schenkungsgegenstand bereichert, hat das Gesetz als das entscheidende Kriterium für die Formlosigkeit angesehen. Bei der Versprechensschenkung wird dieses Opfer noch nicht erbracht, deshalb Formpflicht; bei der Handschenkung wird es erbracht, deshalb Formfreiheit. Das Gesetz sieht die "in animo solvendi" erfolgende Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung trotz ihres geringeren Warnimpulses im Interesse der Praktikabilität ebenfalls als formlos wirksame Handschenkung an. Dazu ist vom Formzweck her zu sagen, daß auch in diesem Fall immerhin das Opfer des eigentlichen Schenkungsgegenstandes erbracht wird, mag auch der Warnimpuls dieses Opfers geringer sein, weil der Schenker sich zu diesem Opfer verpflichtet fühlt. Wenn sich das Gesetz in diesem Fall in § 518 Abs. 2 trotz der geringeren Warnwirkung für die formlose Wirksamkeit entscheidet, so ist nicht ersichtlich, wie vom Formzweck her eine weitere "Herabsetzung" der Warnwirkung begründet werden könnte. Vom Formzweck her könnte nur eine stärkere Berücksichtigung des Warnzweckes - etwa i.S.d. Lösung des ersten Entwurfes - begründet werden. Darum geht es der h.M. aber gerade nicht.

Es kann somit keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz mit den Worten "Bewirkung der versprochenen Leistung" in § 518 Abs. 2 den Erfüllungserfolg beim Beschenkten als Tatbestandsvoraussetzung normiert hat. Wenn nun die h.M. demgegenüber unter Berufung auf die gesetzgeberischen Gründe für die Formpflicht die Erfüllungshandlung des Schenkers in allen Fällen ausreichen läßt, so handelt es sich in Wirklichkeit um eine abändernde Rechtsfortbildung "contra legem", deren metho-

dische Voraussetzungen¹ die h.M. aber nicht dartut und auch nicht dartun kann. Es handelt sich hier nämlich nicht um das Sein oder Nichtsein von Rechtsprinzipien, sondern nur darum, die Grenzen der Formpflicht - einerseits im Interesse des Schenkers am Schutz vor Übereilung, andererseits im Interesse des Rechtsverkehrs an einer praktikablen Lösung - zweckmäßig zu bestimmen. Die Grenzziehung des Gesetzes stellt sich in diesem Sinne als mögliche Lösung dar; die der h.M. möglicherweise ebenfalls. Auf diesem Feld der Zweckmäßigkeit hat aber der Gesetzgeber den Vorrang vor dem Rechtsanwendenden.²

Dagegen kann auch nicht angeführt werden, daß die hier vertretene Ansicht zwar einer teleologischen Restriktion des § 518 Abs. 1, nicht aber einer extensiven Auslegung des § 518 Abs. 2 entgegenstehen könne.³ Zum einen nimmt die h.M. - wie schon gezeigt - nicht eine extensive Auslegung des § 518 Abs. 2 vor, sondern eine abändernde Rechtsfortbildung "contra legem". Zum anderen ist dieser Gedankengang in sich unrichtig. Eine Ausdehnung der formlos wirksamen Schenkungen gem. § 518 Abs. 2 führt nämlich logisch zwingend zu einer Einschränkung der Formpflicht gem. § 518 Abs. 1. Eine teleologische Extension des § 518 Abs. 2 bedeutet zwingend eine gleichzeitige teleologische Restriktion des § 518 Abs. 1. Das eine bedingt automatisch das andere. Darf man die Formpflicht gem. § 518 Abs. 1 nicht einengen, so darf man auch nicht die Formfreiheit gem. § 518 Abs. 2 ausdehnen. Instruktiv ist in diesem Zusammen-

1 Rechtsnotstand; unabweisbares Bedürfnis des allgemeinen Rechtsbewußtseins nach einer anderen Regelung; drohender unerträglicher Schaden für den Rechtsgedanken als solchen, der anders nicht abgewendet werden kann. Vgl. dazu Larenz Methodenlehre S. 402 f.

2 Vgl. dazu Larenz Methodenlehre S. 418.

3 So aber LG Köln NJW 1973, 1880, 1881.

hang ein vom Bundesgerichtshof entschiedener Fall,¹ in dem der Schenker dem Beschenkten formlos schenkweise ein lebenslängliches obligatorisches Wohnrecht versprochen hatte und in dem der Schenker, nachdem er dem Beschenkten die Wohnung eine gewisse Zeit überlassen hatte, von dem Beschenkten Räumung verlangte. Nimmt man mit dem BGH an, daß dieses Verlangen unbegründet sei, weil der Schenker mit der Besitzüberlassung an den Beschenkten das seinerseits Erforderliche getan habe und somit der Formmangel gem. § 518 Abs. 2 geheilt sei, so nimmt man eine extensive "Auslegung" des Vollzugsbegriffes in § 518 Abs. 2 vor. Zur Heilung ist dann nicht das in der Vergangenheit bereits erfolgte Belassen des Schenkungsgegenstandes (als eingetretener Schenkungserfolg) erforderlich, sondern schon die einmalige Schenkungshandlung des Überlassens ausreichend. Diese extensive "Auslegung" des § 518 Abs. 2 bedingt zwingend eine Restriktion der Formpflicht gem. § 518 Abs. 1. Auf Herausgabe in Anspruch genommen, kann sich nämlich der Beschenkte nach der einmaligen Besitzüberlassung für alle Zukunft auf das formlose Versprechen berufen.

In Anbetracht dieser fehlerhaften Auslegung des § 518 Abs. 2 durch die h.M. besteht die Gefahr einer Kombination von zwei fehlerhaften Ansätzen. Der erste fehlerhafte Ansatz besteht darin, aus § 518 Abs. 2 das Vollzugsmerkmal des § 2301 Abs. 2 gewinnen zu wollen. Aus § 518 Abs. 2 können sowohl aus sachgesetzlichen Erwägungen (aus § 518 Abs. 2 läßt sich kein eigenständiger Vollzugsbegriff gewinnen; § 518 Abs. 2 ist nur eine erweiternde Definitionsnorm), als auch aus entstehungsgeschichtlichen Gründen (§ 2301 Abs. 2 stammt aus einer älteren gesetzgeberischen Schicht als § 518 Abs. 2) keine Schlüsse für den Vollzugsbegriff im Rahmen des

¹ BGH NJW 1970, 941, 942.

§ 2301 Abs. 2 gezogen werden. Die Bestimmung des § 518 Abs. 2 präjudiziert die Regelung des § 2301 in keiner Weise. Fatal wird es nun, wenn der Irrweg zu § 518 Abs. 2 mit der falschen Auslegung verknüpft wird, die die h.M. für diese Bestimmung vertritt. Isoliert für sich gesehen - d.h. auf den Bereich der lebzeitigen Schenkungen beschränkt - berührt diese fehlsame Auslegung des § 518 Abs. 2 die hier behandelte Problematik der Schenkungen auf den Todesfall noch nicht. Durch die falsche Verbindungslinie zwischen § 518 Abs. 2 und § 2301 Abs. 2 kann sich diese unrichtige Auslegung des § 518 Abs. 2 aber im Bereich der Schenkungen von Todes wegen auswirken. Eine Übertragung dieser Auslegung des § 518 Abs. 2 auf § 2301 Abs. 2 bedeutet, daß man auch im Rahmen des § 2301 Abs. 2 die Schenkungshandlung des Schenkers, das von seiner Seite zum Erwerb des Beschenkten Erforderliche zum Schenkungsvollzug ausreichen läßt. Wie wir gesehen haben, wird ein solcher Vollzugsbegriff bei § 2301 Abs. 2 durchaus vertreten, nämlich von den Vertretern der sog. subjektiven Theorie.¹ Nicht bei allen, aber bei einigen der Autoren, die diese Theorie vertreten, findet sich dann im Rahmen der Begründung auch eine Verweisung auf den fehlsam ausgelegten § 518 Abs. 2.² Diese Begründung ist in doppelter Hinsicht falsch. Aus einer Vorschrift, aus der zur anstehenden Problematik keine Schlüsse gezogen werden dürfen, werden falsche Schlüsse gezogen. Dies bedeutet allerdings noch nicht notwendigerweise, daß das Ergebnis dieser Autoren falsch ist. Man kann auch auf falschen Wegen zu richtigen Ergebnissen kommen. Daß dies hier indes

1 Hinz JuS 1965, 299, 303; Wieacker S. 271, 279; Kegel S. 52; Röttemann NJW 1959, 661; Lange-Kuchinke § 31 III 4 b; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2 b.

2 Kegel S. 53; Lange-Kuchinke § 31 III 1 b; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III.

auch nicht der Fall ist, soll im Folgenden gezeigt werden, wobei wir von dem bis jetzt gewonnenen Zwischenergebnis ausgehen, daß der vielfach zur Lösung unserer Problematik angebotene Ausgangspunkt des § 518 Abs. 2 nicht weiterhilft und zwar auch in seiner richtigen Auslegung nicht weiterhilft.

2. An der Entstehungsgeschichte und der Teleologie ausgerichtete Interpretation des § 2301

Die für den heutigen § 2301 entscheidende gesetzgeberische Schicht ist die des ersten Entwurfes. Der erste Entwurf regelte die Schenkung auf den Todesfall in § 1963. Der zweite Entwurf - er beschäftigte sich mit der Schenkung auf den Todesfall in § 2167 - brachte gegenüber dieser Regelung inhaltlich nichts Neues, sondern beschränkte sich auf klarstellende und formal verbessernde Textänderungen. Daß eine inhaltliche Änderung nicht beabsichtigt war, ergibt sich unzweideutig aus den Protokollen der zweiten Kommission.¹

§ 2301 des heutigen Gesetzestextes entspricht wörtlich diesem § 2167. Zur Ermittlung des gesetzgeberischen Regelungsgehaltes des heutigen § 2301 muß man somit auf den ersten Entwurf zurückgreifen.

a) Die rechtshistorischen Vorläufer des § 2301

Die Verfasser des ersten Entwurfes fanden, was die Schenkung auf den Todesfall angeht, eine äußerst ver-

¹ Mugdan Bd. V Protokolle S. 761, 762.

worrene Rechtslage vor.¹

aa) Das Römische Recht

Ihren geschichtlichen Ursprung hat die Schenkung auf den Todesfall in der "donatio mortis causa" des Römischen Rechts.² Das Römische Recht kannte zwei Arten der "donatio mortis causa". Die eine war eine Schenkung "in drohender Lebensgefahr", die andere eine Schenkung "im Hinblick auf die Sterblichkeit des Menschen überhaupt".

Bei der Schenkung "in drohender Lebensgefahr" wandte jemand, der sich in unmittelbarer Todesgefahr befand, einem anderen einen Gegenstand unentgeltlich mit der Maßgabe zu, daß die Zuwendung nur für den Fall rechtsbeständig sein sollte, daß er - der Schenker - in dieser Gefahr tatsächlich umkam. Überstand er die gefährliche Situation, so konnte er den Gegenstand zurückfordern.

Bei der Schenkung "im Hinblick auf die Sterblichkeit des Menschen überhaupt" wandte jemand aus dem allgemeinen Gedanken an den Tod heraus einem anderen einen Gegenstand unentgeltlich mit der Maßgabe zu, daß dieser ihn im Überlebensfalle endgültig behalten dürfe. Überlebte dagegen der Schenker den Beschenkten, so bestand auch hier ein Rückforderungsrecht des Schenkers.

Durch dieses Rückforderungsrecht des Schenkers im Falle des Überstehens der Gefahr (erste Art der "donatio mortis causa") bzw. seines Überlebens (zweite Art der "donatio mortis causa") war bei der "donatio mortis causa" der endgültige Erwerb des Beschenkten an das Vorver-

1 Vgl. die Wiedergabe des vorgefundenen Rechtszustandes durch die erste Kommission Mugdan Bd. V Motive S. 185.

2 Zur Bedeutung der "donatio mortis causa" im Römischen Recht vgl.: Bruck Grünhuts Zeitung 40 (1914) 533, 554 ff; Kaser I § 191; Kaser II § 300.

sterben des Schenkers - entweder in einer ganz bestimmten Gefahr (erste Art) oder ganz allgemein (zweite Art) - geknüpft. Wegen dieser erbrechtlichen Komponente des Erwerbs (Überlebensbedingung) unterstellte Iustinian die "donatio mortis causa" fast ganz den Regeln über die Legate.¹ Schon vorher hatte das Römische Recht der klassischen Zeit damit begonnen, einzelne Vermächtnisregeln auf die "donatio mortis causa" anzuwenden, um eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften zu verhindern.²

Somit war die "donatio mortis causa" des Römischen Rechts ein Zwittergebilde. Einerseits war sie allein schon wegen ihres Vertragscharakters eine Schenkung unter Lebenden. Das Römische Recht kannte nämlich keinen Erbvertrag, sondern nur einseitige, testamentarische Verfügungen von Todes wegen, so daß die "donatio mortis causa" für die Römer auch ein Surrogat für den fehlenden Vermächtnisvertrag war.³ Andererseits waren auf sie gewisse erbrechtliche Regeln anwendbar.

Müßig ist der - insbesondere z.Zt. der Entstehung des BGB's herrschende⁴ - Streit darüber, ob dieser Rechtsgeschäftstyp der "donatio mortis causa", dieses Zwittergebilde, im Römischen Recht den lebzeitigen Rechtsgeschäften⁵ oder den Rechtsgeschäften von Todes wegen zuzurechnen oder ein eigenständiges - halb lebzeitiges, halb erbrechtliches - Rechtsinstitut war.⁶ Wichtig ist

1 Vgl. dazu Kaser II § 300.

2 Jörs-Kunkel § 229; Kaser I § 191.

3 Vgl. Kaser II § 282.

4 Vgl. Arndts Pandekten §§ 589, 590; v. Vangerow, Pandekten II §§ 561-563; Hellwig § 77.

5 So heute mit Nachdruck: von Lübtow S. 1222 ff.

6 Vgl. dazu Weiß § 174 und insbes. Simonius §§ 1, 2.

allein, daß es im Römischen Recht neben den normalen Schenkungen "inter vivos" zwei fest umrissene Fallgruppen von Schenkungen (die "Schenkung in drohender Lebensgefahr" und die "Schenkung im Hinblick auf die Sterblichkeit des Menschen überhaupt") gab, auf die, obwohl sie keine einseitigen Verfügungen von Todes wegen waren und das Römische Recht vertragliche Verfügungen von Todes wegen nicht kannte, in gewissem Umfang, nämlich was die Form und eine Reihe von Verbotsnormen anging,¹ die Regeln über die Verfügungen von Todes wegen angewendet wurden. Damit ist die im Römischen Recht geltende Regelung hinreichend umschrieben. Es ist eine rein terminologische Frage, ob man diese Rechtsgeschäfte unter Betonung des Vertragscharakters den Rechtsgeschäften unter Lebenden oder unter Betonung der erbrechtlichen Wirkungen den Rechtsgeschäften von Todes wegen zuordnet oder unter Betonung beider Komponenten von einem eigenständigen Rechtsinstitut ausgeht.

Wichtig für die spätere Rechtsentwicklung und für das richtige Verständnis des heutigen Rechtszustandes ist indes folgendes: Die Grenzlinie zwischen normalen Schenkungen "inter vivos" und den Fällen der "donatio mortis causa" wurde ausschließlich durch die Existenz der Überlebensbedingung gezogen. Durch das Hinzufügen der Überlebensbedingung wurde aus einer normalen Schenkung eine "donatio mortis causa" (zweite Art der "donatio mortis causa").² Für diese Abgrenzung kam es nicht darauf an, ob nur eine Forderung auf den eigentlichen Schenkungsgegenstand in der Form der Versprechensschenkung zugewendet oder gleich der eigentliche Schenkungsgegenstand in der Form der Realschenkung übertragen wurde.³ Die

1 Vgl. dazu von Lübtow S. 1222; Kaser I § 191.

2 Jörs-Kunkel § 229; Simonius § 2 (S. 9).

3 Zur Versprechensschenkung auf den Todesfall - "stipulatio mortis causa" - vgl. Simonius § 24 u. § 62.

Römer wandten die Regeln über die "donatio mortis causa" auf Handschenkung und Versprechensschenkung gleichmäßig an; entscheidend war ausschließlich, daß unter der Überlebensbedingung geschenkt wurde. Auch die durch das Vorversterben des Beschenkten auflösend bedingte Vollrechtsübertragung unterfiel den Regeln - und somit den erbrechtlichen Beschränkungen - der "donatio mortis causa".¹

Mit der Feststellung der Exklusivität der Überlebensbedingung als Abgrenzungskriterium ist gleichzeitig auch schon festgestellt, daß das Moment der Widerruflichkeit für die Einordnung einer Schenkung als "donatio mortis causa" im Römischen Recht keine Rolle gespielt hat. Auch unwiderrufliche Schenkungen unterfielen dieser Rechtsfigur. Im klassischen Römischen Recht - vor der fast völligen Angleichung an die Legate durch Iustinian - war die "donatio mortis causa" sogar prinzipiell unwiderruflich.²

bb) Das Gemeine Recht

Diese Grundsätze galten im wesentlichen auch noch im Gemeinen Recht, dem rezipierten Römischen Recht in Deutschland. Die Überlebensbedingung blieb das Essentiale der Schenkung von Todes wegen.³ Ob eine Versprechensschenkung oder eine Realschenkung vorlag, war weiterhin für die Annahme einer Schenkung von Todes wegen gleichgültig.⁴ Aufgrund der weitgehenden Gleichstellung

¹ Vgl. Mitteis I § 11 II C 1 c (S. 189); Simonius § 48 (S. 194).

² Jörs-Kunkel § 229; Kaser II § 300.

³ Windscheid-Kipp Pandekten III § 675; Dernburg Pandekten III § 117.

⁴ Dernburg Pandekten III § 117 IV (S. 228); v. Vangerow Pandekten II § 561 Anm. 2.

dieser Schenkung mit einem Legat nahm man jetzt aber bei ihr grundsätzlich ein freies Widerrufsrecht des Schenkers an, das von den Parteien jedoch abbedungen werden konnte, ohne daß die Schenkung von Todes wegen ihren Charakter als solche verlor.¹

Wegen der Annäherung an die Legate wurde auf die so geartete Schenkung von Todes wegen im wesentlichen Vermächtnisrecht angewendet.² Für die Form war dies allerdings nicht ganz unstrittig; z.T. ließ die Literatur zum Gemeinen Recht die Form der lebzeitigen Schenkung ausreichen.³

Ein Bedürfnis nach der Schenkung von Todes wegen als Surrogat für fehlende Erbvertrags- bzw. Vermächtnisvertragsregelungen, wie es im ursprünglichen Römischen Recht bestand, lag allerdings z.Zt. des Gemeinen Rechts schon nicht mehr vor. Die verschiedenen Partikularrechte stellten zu dieser Zeit schon das Rechtsinstitut des Erbvertrags, das germanischen Ursprungs ist, zur Verfügung.⁴ Der Erbvertrag war allerdings grundsätzlich unwiderruflich, während die Schenkung von Todes wegen grundsätzlich widerruflich war.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß es also auch im Gemeinen Recht neben den normalen Schenkungen unter Lebenden und den Verfügungen von Todes wegen einen dritten Rechtsgeschäftstyp - die Schenkung von Todes wegen - gab, der - tatbestandlich von einer Schenkung unter Lebenden ausgehend - erbrechtliche Wirkungen äußerte und der wegen dieser Wirkungen z.T. den erbrechtlichen Vorschriften unterworfen wurde.

1 Dernburg Pandekten III § 117; Windscheid-Kipp Pandekten III § 675.

2 Windscheid-Kipp Pandekten III § 676 (S. 733).

3 Vgl. dazu Windscheid-Kipp Pandekten III § 676 Anm. 3 u. Anm. 16; Dernburg Pandekten III § 117 II.

4 Vgl. dazu Motive Bd. V S. 310 ff.

cc) Partikularrechte

Einen grundsätzlich anderen Weg gingen z.T. die deutschen Partikularrechte. Zeichneten sich nämlich das Römische Recht und auch noch das Gemeine Recht dadurch aus, daß sie die "donatio mortis causa" als eigenartigen Rechtsgeschäftstyp, dessen Rechtsnatur allerdings umstritten war, anerkannten und daß sie auf ihn ein "Sonderrecht" - nämlich ein Mischrecht aus dem Recht der lebzeitigen Schenkungen und dem Erbrecht - anwandten, so gab es demgegenüber Partikularrechte, die den selbständigen Rechtsgeschäftstyp der "donatio mortis causa" abschafften. Es gab einerseits Partikularrechte, die die "donatio mortis causa" gänzlich dem Erbrecht zuordneten, und andererseits Partikularrechte, die die eigenartige Rechtsfigur der Schenkung von Todes wegen nach bestimmten Kriterien in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen aufspalteten.¹

aaa) Das Bayerische Landrecht von 1756

Ein Beispiel für die gänzliche Zuordnung zum Erbrecht gibt das Bayerische Landrecht von 1756. In § 1 des 8. Kapitels des dritten Teils dieser Kodifikation² wurde die "Schenkung mortis causa" im Gegensatz zur Schenkung "inter vivos" als eine Schenkung definiert, die "erst durch den Tod des Donators zu Kräften" kommt. Damit war - wie aus § 2 folgte - die Überlebensbedingung gemeint. In § 2 wurde dann weiter festgestellt, daß diese Schen-

¹ Es gab außerdem noch Partikularrechte, die dem Römischen und dem Gemeinen Recht entsprachen. So z.B. das Freiburger Stadtrecht von 1520 und das Württembergische Landrecht von 1555. Vgl. Kunkel-Thieme-Beyerle I Hb. 1, 241 ff, 256, 257 und Hb. 2, 79 ff, 112.

² Codex Maximilianeus Bavaricus civilis.

kung sowohl in der Form einer "Schenkung conventionalis" (= Versprechensschenkung) als auch in der Form einer "Schenkung realis" (= Handschenkung) vorgenommen werden kann und daß diese Schenkung in jedem Fall frei widerruflich ist. In § 3 wurde diese so definierte Schenkung dann in toto dem Erbrecht unterstellt. § 3 lautete nämlich: "Legate und Schenkungen von Todes wegen sind zwar dem Gemeinen Rechte nach in einigen Stücken unterschieden, welcher Unterschied aber heut zu Tage nicht mehr beobachtet wird." Damit galt für die "donatio mortis causa" kein besonderes "Mischrecht" mehr, sondern ausschließlich Erbrecht. Die Schenkung von Todes wegen war damit Verfügung von Todes wegen. Sie stellte ein vertragsmäßiges Legat dar, das aber frei widerruflich war. Die Schenkung von Todes wegen als selbständiger, eigenartiger Rechtsgeschäftstyp war abgeschafft.

Dies geschah auch in anderen Partikularrechten, die indes die Schenkung von Todes wegen nicht undifferenziert dem Erbrecht zuschlügen, sondern nach bestimmten Gesichtspunkten die Fälle der ehemaligen "donatio mortis causa" entweder als Fälle einer lebzeitigen Schenkung oder als erbrechtliche Zuwendungen ansahen. Hier sind in erster Linie das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 und das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865 zu nennen.

bbb) Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794

Das Preußische Allgemeine Landrecht sah in den §§ 1134 ff des elften Titels des ersten Teils¹ die Schenkung von Todes wegen grundsätzlich als eine Schenkung unter Lebenden an. Das Gesetz ging nicht von den Wirkungen des

1 Hattenhauer Textausgabe S. 168.

Rechtsgeschäftes, sondern vom rechtsgeschäftlichen Tatbestand aus und ordnete diesen Tatbestand - Schenkung unter Lebenden - auch bei Hinzufügen der Überlebensbedingung als lebzeitiges Rechtsgeschäft ein (§ 1134). Im Allgemeinen Landrecht wurde weiterhin nicht zwischen einer Schenkung von Todes wegen als Versprechensschenkung und einer solchen als Handschenkung differenziert. Entsprechend dem Ausgangspunkt, daß die Schenkung von Todes wegen lebzeitige Schenkung war, unterlagen die beiden Schenkungsarten auch als Schenkungen von Todes wegen nicht den erbrechtlichen Formen, sondern jeweils der Form, der sie als Schenkung unter Lebenden bedurften.¹ Diese Regelung der Formfrage galt sowohl für unwiderrufliche als auch für widerrufliche Schenkungen von Todes wegen.

Während aber die unwiderrufliche Schenkung - dem Grundsatz entsprechend - auch in ihrer Wirkung als lebzeitige Schenkung angesehen wurde, wurde die widerrufliche Schenkung von Todes wegen, wobei ein Widerrufsrecht nur bei ausdrücklichem Widerrufsvorbehalt bestand, in ihrer Wirkung einem Vermächtnis gleichgestellt. Gem. § 1135 wurde der Geschenknehmer bei einer widerruflichen Schenkung von Todes wegen dann, wenn kein Widerruf erfolgt war, beim Vorversterben des Schenkers an dessen Nachlaß als Vermächtnisnehmer beteiligt. Insbesondere mußte er sich Kürzungen gefallen lassen, wenn der Nachlaß zur Schuldentilgung und Pflichtteilsergänzung nicht ausreichte. Auch hier kam es nicht darauf an, ob die widerrufliche Schenkung von Todes wegen in der Form einer Versprechensschenkung oder in der Form einer Handschenkung vorlag.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das Preußische Allgemeine Landrecht eine selbständige Rechtsfigur

1 Förster-Eccius Bd. II § 122 IX e (S. 35 f).

der "donatio mortis causa" nicht mehr kannte. Die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall war - was die Wirksamkeitsvoraussetzungen (insbesondere Form) als auch was die Wirkungen anging - genauso gut wie eine Schenkung unter irgendeiner anderen Bedingung eine bedingte Schenkung "inter vivos". Die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall war - was die Wirkungen angeht - als Vermächtnis ausgestaltet; sie wurde also insoweit den Rechtsgeschäften "mortis causa" zugerechnet. Sie unterlag aber ebenfalls nicht den erbrechtlichen Formen; insoweit war die Aufspaltung des Allgemeinen Landrechts also nicht ganz konsequent. Der selbständige Rechtsgeschäftstyp, die Mischfigur, der "donatio mortis causa" war somit aufgelöst. Die ihr früher unterfallenden Fallgestaltungen waren anhand des Abgrenzungskriteriums der Widerruflichkeit den Geschäften "inter vivos" und denjenigen "mortis causa" zugeteilt. Ein wie auch immer gearteter dinglicher Vollzug spielte als Abgrenzungskriterium keine Rolle.

ccc) Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich
Sachsen von 1865

Das tat er aber im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865. Diese Kodifikation war in der Abschaffung des Rechtsgeschäftstyps der "donatio mortis causa" am konsequentesten und teilte die zu dieser Rechtsfigur gehörenden Fälle ohne Rest in zwei Hälften auf. In § 2500¹ unterstellte sie das einseitige Schenkungsversprechen von Todes wegen² "sowohl rück-

1 Zitiert nach Siebenhaar Bd. III S. 409.

2 Damit war das nicht auf eine Annahme durch den Zuwendungsempfänger ausgerichtete Schenkungsversprechen gemeint, das das BGB nicht mehr kennt.

sichtlich der Anordnung und der dabei zu beobachtenden Form als auch rücksichtlich seiner Wirkungen" den Testamentsregeln, während in § 2501¹ für das von dem Beschenkten angenommene Schenkungsversprechen im gleichen Umfang die Erbvertragsregeln für anwendbar erklärt wurden. Die "Versprechensfälle" der zu den Schenkungen von Todes wegen gehörigen Fälle wurden also in toto - sowohl was die Wirksamkeitsvoraussetzungen, als auch was die Rechtswirkungen angeht - dem Erbrecht zugeordnet. Abweichend vom Preussischen Allgemeinen Landrecht galt dies auch für die unwiderruflichen Versprechensschenkungen. Über die andere Hälfte der zu der "donatio mortis causa" gehörigen Fälle, die Fälle der Handschenkung unter der Überlebensbedingung, enthielt das Gesetz keine Vorschriften. Das beruhte darauf, daß es diese Handschenkungen als ganz normale lebzeitige Schenkungen ansah, die im Vergleich zu anderen bedingten lebzeitigen Schenkungen keiner Sonderregelung bedurften.² Für die Handschenkung von Todes wegen galt also in toto lebzeitiges Schenkungsrecht. Im Gegensatz zum Preussischen Allgemeinen Landrecht galt dies auch für die widerrufliche Handschenkung. Das Sächsische BGB sah somit nicht die Widerruflichkeit, sondern den dinglichen Vollzug als Trennungslinie zwischen den "negotia inter vivos" und den "negotia mortis causa" an.

- b) Die gesetzgeberische Lösung des BGB's als an der Struktur der Verfügung von Todes wegen ausgerichtete Lösung

Die Mitglieder der ersten Kommission hatten somit, was

1 Siebenhaar Bd. III S. 411.

2 Siebenhaar III § 2500 Anm. A Nr. 3 und Nr. 4; Grützmann Bd. 2 § 250 jeweils m.w.N.

die "donatio mortis causa" betrifft, ein weites Spektrum an legislatorischen Lösungsmöglichkeiten vor Augen. Die dieser Rechtsfigur unterfallenden Fallgestaltungen zeichneten sich dadurch aus, daß bei ihnen der rechtsgeschäftliche Tatbestand eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts (Schenkung) unter Lebenden vollendet wurde, während die letztlich intendierten Rechtswirkungen sich erst im Augenblick des Todes des Schenkers entfalten sollten. Bei der legislatorischen Lösung dieser Fallgestaltung im Spannungsfeld zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden und den Rechtsgeschäften von Todes wegen mußten die Mitglieder der ersten Kommission zwei grundsätzliche Entscheidungen treffen.

aa) Die Abschaffung des selbständigen Rechtsgeschäftstyps der "donatio mortis causa"

Die erste Entscheidung, die zu treffen war, ging dahin, ob man die Schenkung von Todes wegen als einen selbständigen Rechtsgeschäftstyp - als etwas Drittes neben den "negotia inter vivos" und den "negotia mortis causa" - anerkennen und dann einem Mischrecht - einer wie auch immer gearteten Mischung aus Erbrecht und Recht der lebzeitigen Schenkung - unterstellen sollte. Historisches Vorbild für eine solche Lösung hätten das Römische Recht, das Gemeine Recht und einige Partikularrechte sein können. Diese Lösung haben die Mitglieder der ersten Kommission ausdrücklich abgelehnt. In bezug auf eine selbständige Rechtsfigur der "donatio mortis causa" haben sie in den Motiven¹ ausgeführt, daß "das Bedürfnis nicht zu leugnen ist, die an dieses Institut sich anschließenden, bis heute ungelösten Streitfragen durch Nichtaufnahme desselben zu beseiti-

1 Mugdan Bd. V Motive S. 186.

gen".¹

Ein weiterer Grund für die Nichtaufnahme war, daß die Mitglieder der ersten Kommission der Ansicht waren, daß "die Formen der testamentarischen und vertragsweisen Zuwendung von Todes wegen sowie die Vorschriften über Schenkungen genügend seien, um der Betätigung jeder Willensmeinung der Beteiligten Raum zu lassen".² In der Tat bestand, da das BGB den bindenden Erbvertrag kannte, nicht mehr das Bedürfnis des Römischen Rechts, über die Schenkung von Todes wegen zu einer erbvertragsähnlichen Rechtsfigur zu gelangen.

1 Wenn Harder S. 93 meint, es sei falsch zu behaupten, das BGB habe die Schenkung von Todes wegen als besonderes Rechtsinstitut beseitigt, weil die Schenkung von Todes wegen ein solches nie gewesen sei, so handelt es sich nur um die schon erwähnte rein terminologische Streitfrage, ob die im Römischen Recht und im Gemeinen Recht unstreitig existente Rechtsfigur der "donatio mortis causa" als eigenständiges Rechtsinstitut qualifiziert werden kann oder entweder den Rechtsgeschäften unter Lebenden oder den Rechtsgeschäften von Todes wegen zuzurechnen ist. Auf diese dogmatische Streitfrage kommt es hier nicht an. Mit ihr haben sich die Mitglieder der ersten Kommission auch nicht beschäftigt. Sie haben sich nur damit beschäftigt, die unstreitig existente Rechtsfigur der "donatio mortis causa" als selbständigen Rechtsgeschäftstyp abzuschaffen. Insoweit besteht auch kein Dissenz zu Harder. Vgl. Harder S. 93 "Die Verfasser des BGB wollten endgültig die bis zum Ende des 19. Jahrhunderts noch immer ungelösten Streitfragen durch Nichtaufnahme der Schenkung von Todes wegen beseitigen". Ob die Gesetzesverfasser durch die Nichtaufnahme dieses Rechtsgeschäftstyps ein eigenständiges Rechtsinstitut oder eine bestimmte Art der lebzeitigen Schenkung oder eine bestimmte Art von erbrechtlicher Zuwendung beseitigt haben, brauchte sie - die Gesetzesverfasser - bei der Entscheidung für die Nichtaufnahme dieses Rechtsgeschäftstyps nicht zu beschäftigen.

2 Mugdan Bd. V Motive S. 185, 186.

bb) Die Ablehnung einer rein erbrechtlichen Lösung

Da das Gesetz einerseits anordnet, daß z.T. Erbrecht (§ 1963 Halbs. 1 des 1. Entwurfes = § 2301 Abs. 1) und z.T. das Recht der lebzeitigen Schenkung (§ 1963 Halbs. 2 des 1. Entwurfes = § 2301 Abs. 2) angewendet werden soll, und da andererseits kein Zweifel daran besteht, daß diese gesetzliche Regelung alle Fallgestaltungen erfassen soll, die vorher der selbständigen Rechtsfigur der "donatio mortis causa" unterfielen,¹ ist es evident, daß der Gesetzgeber als legislatorische Lösung nicht nur die "donatio mortis causa" als selbständige Rechtsfigur abgelehnt, sondern auch die Lösungen verworfen hat, die - wie etwa das Bayerische Landrecht von 1756 - die betreffenden Fälle ausschließlich dem Erbrecht zugeordnet haben. Gesetzestext und Gesetzesmaterialien zeigen unmißverständlich, daß die Gesetzesverfasser des BGB's - wie die des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 und die des BGB's für das Königreich Sachsen von 1865 - den legislatorischen Weg gewählt haben, die Fälle der ehemaligen "donatio mortis causa" nach einem bestimmten Abgrenzungskriterium entweder den Rechtsgeschäften unter Lebenden oder den Verfügungen von Todes wegen zuzurechnen.

cc) Die Kriterien für die Anwendung des Erbrechts

Als zweite Frage stellte sich somit den Mitgliedern der ersten Kommission die Frage danach, was die Abgrenzungskriterien zwischen dem Recht der lebzeitigen Schenkung und dem Erbrecht sein sollten. Die historischen Vorläufer des BGB's boten hier - wie wir gesehen haben - durchaus verschiedene Kriterien für die Anwendbarkeit

1 Mugdan Bd. V Motive S. 185, 186.

der erbrechtlichen Normen an. Das Römische Recht und das Gemeine Recht stellten ausschließlich auf die Überlebensbedingung ab, während das Preußische Allgemeine Landrecht den erbrechtlichen Charakter einer Schenkung zusätzlich zu der Überlebensbedingung von der Widerruflichkeit der Schenkung abhängig machte und das BGB für das Königreich Sachsen zusätzlich zu der Überlebensbedingung das in der Versprechensschenkung, aber nicht in der Handschenkung enthaltene Moment des bloßen Versprechens als das entscheidende erbrechtliche Moment ansah.

aaa) Die Überlebensbedingung

Die Mitglieder der ersten Kommission haben zunächst einmal die Überlebensbedingung als notwendige aber nicht hinreichende Bedingung für die Anwendung erbrechtlicher Vorschriften angesehen.

§ 1963 des ersten Entwurfes begann mit den Worten "Auf eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe". Mit den Worten "diesen nicht überlebe" wurde an und für sich auch der Fall des gleichzeitigen Todes erfaßt. Schon die erste Kommission wollte aber den Fall des gleichzeitigen Todes nicht der Regelung des § 1963 unterwerfen, weil sie der Ansicht war, daß nur eine Schenkung unter der Bedingung des Vorversterbens des Schenkers mit einer Verfügung von Todes wegen vergleichbar sei. Die erste Kommission nahm die Formulierung "nicht überleben" nur deshalb in den Gesetzestext auf, weil sie der Ansicht war, daß Parteien, die diese umgangssprachliche Wendung wählen würden, in Wirklichkeit damit auch das Vorverstehen des Schenkers meinen würden. Schon die erste Kommission wollte den § 1963 nur auf diesen Fall angewandt wissen. Die zweite Kommission hat dann in § 2167, der in seinem Wortlaut dem heutigen

§ 2301 entspricht, um Mißverständnisse zu vermeiden, eindeutig von einer "Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt" gesprochen.¹ Auf Schenkungen, die nicht unter dieser Bedingung des Überlebens des Beschenkten gemacht werden, können somit erbrechtliche Vorschriften von vornherein keine Anwendung finden. Diese Bedingung kann konstruktiv als aufschiebende Bedingung des Vorversterbens des Schenkers oder als auflösende Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten verwirklicht werden.

Daß diese Überlebensbedingung zwar notwendig aber nicht hinreichend ist, ergibt sich für den ersten Entwurf gesetzestechisch daraus, daß diese zu Anfang des § 1963 genannte Bedingung für beide Halbsätze der Vorschrift gilt, der 1. Halbsatz des § 1963 aber nur das "durch Vertrag erteilte Schenkungsversprechen" dem Erbrecht unterstellt, während der 2. Halbsatz die "durch Veräußerung vollzogene Schenkung" dem lebzeitigen Schenkungsrecht zuordnet.

Die Notwendigkeit der Überlebensbedingung für den erbrechtlichen Charakter einer Schenkung ergab sich für die Mitglieder der ersten Kommission aus der Natur der Sache, d.h. aus der Struktur des Rechtserwerbs von Todes wegen.² Ein Erwerb von Todes wegen setzt nämlich nach unserem Recht voraus, daß der Bedachte im Augenblick des Erbfalles noch lebt, der Bedachte den Erblasser also überlebt. Für den Erben ist dies in § 1923 Abs. 1, für den Vermächtnisnehmer in § 2160 normiert. Die Bedeutung dieser Normierungen liegt natürlich nicht

1 Mugdan Bd. V Motive S. 186 und Protokolle S. 761.

2 Vgl. Mugdan Bd. V Motive S. 186, wo die Mitglieder der ersten Kommission nur einen in dieser Art bedingten Erwerb als einem Erwerb aufgrund einer Verfügung von Todes wegen vergleichbar angesehen haben.

in der logischen Selbstverständlichkeit, daß nicht der schon tote Bedachte erwirbt, sondern darin, daß die Erben des Bedachten nicht erwerben. Sie können im Falle des Nichtüberlebens des Bedachten zwar noch als Ersatzerben gem. §§ 2096 ff bzw. als Ersatzvermächtnisnehmer gem. § 2190 i.V.m. §§ 2097 ff von Todes wegen erwerben. Dieser Erwerb beruht dann aber nicht mehr auf der Verfügung zugunsten des Bedachten, sondern auf einer anderen Verfügung zu ihren eigenen Gunsten. Die §§ 1923 Abs. 1, 2160 besagen somit im Grunde genommen, daß eine Verfügung von Todes wegen hinfällig wird, wenn der in ihr Bedachte vor dem Erblasser oder gleichzeitig mit ihm verstirbt. Die Verfügung kann dann keinerlei Rechtswirkungen mehr äußern. Die Gesetzesverfasser hielten das Überleben des Bedachten für ein essentielles Merkmal des erbrechtlichen Erwerbs. Die Mitglieder der ersten Kommission sprachen von einer "allgemeinen Regel" und hielten in den Motiven ausdrücklich fest: "Das dem Erben Zugedachte geht auf dessen Erben nicht über, wenn er den Erblasser nicht überlebt hat; dies wird durch § 1752" (= der heutige § 1923 Abs. 1) "dem Zweifel entrückt".¹ Die Mitglieder der zweiten Kommission waren der Ansicht, daß die Überlebensbedingung "als leitender Grundsatz ausgesprochen zu werden verdiene".² Das Überleben des Bedachten ist somit in dem Sinne essentielles Merkmal eines Erwerbes von Todes wegen, daß es zwar nicht Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes einer Verfügung von Todes wegen³ - dieser ist mit der Errichtung des Testamentes bzw. Erbvertrages vollendet - wohl aber gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung eines solchen Erwerbes ist.⁴ Der Erwerb auf-

1 Mugdan Bd. V Motive S. 3.

2 Mugdan Bd. V Protokolle S. 385.

3 So aber zu Unrecht: von Tuhr, AT II 1. Hälfte S. 274; von Lübtow JR 1951, 94.

4 So zu Recht: Ennecerus-Nipperdey AT § 202 I 3; Flume AT § 11 Z 6 b.

grund einer Verfügung von Todes wegen findet nur statt, wenn der von Todes wegen Verfügende vor dem Bedachten verstirbt. Tut er dies nicht, so äußert die Verfügung keine Rechtswirkung; auch keine zugunsten des Erben des Bedachten. Auch aus dieser Tatsache ergibt sich, daß die Stellung des Bedachten vor Eintritt des Erbfalles nur die eines Hoffenden,¹ nicht die eines rechtlich geschützten Anwärters ist, hängt der Erwerb doch von dem "spekulativen" Moment seines Überlebens ab. Fehlt dieses "spekulative" Moment, so kann ein Erwerb von Todes wegen aufgrund einer Verfügung von Todes wegen nicht in Frage stehen; und zwar auch dann nicht, wenn als Erwerbszeitpunkt der Todeszeitpunkt des Verfügenden festgesetzt wird. Schenkt jemand einem anderen einen Gegenstand ausschließlich unter der aufschiebenden Befristung seines eigenen Todes und nicht zusätzlich unter der Bedingung des Überlebens des anderen, so fehlt dieses "spekulative" Moment. Die Vermögensverschiebung findet auf jeden Fall statt. Überlebt der andere den Schenker, so tritt der Rechtserwerb bei ihm selbst ein. Tut er dies nicht, so erwerben seine Erben beim Tode des Schenkers. Es handelt sich um ein lebzeitiges Rechtsgeschäft, bei dem der Todeszeitpunkt nur ein "Datum" der rechtsgeschäftlichen Regelung ist.² Nur eine Schenkung, bei der der Schenker durch das Hinzufügen der Überlebensbedingung die gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung eines erbrechtlichen Erwerbs (Überleben des Bedachten; §§ 1923 Abs. 1, 2160) als eine rechtsgeschäftliche Bedingung verwendet, kann einen spezifisch erbrechtlichen Charakter aufweisen.³ Somit war die Not-

1 Daß diese Auswirkung auch wegen der fortbestehenden Verfügungsfreiheit des Erblassers unter Lebenden besteht, haben wir bereits gesehen. Vgl. S. 7 ff.

2 Vgl. dazu Flume AT § 11 Z. 6b.

3 So zutreffend: Boehmer, Reichsgerichtspraxis III, S. 293, 294.

wendigkeit der Überlebensbedingung für die erbrechtliche Einordnung einer Schenkung von Todes wegen für die Mitglieder der ersten Kommission allein schon aus der Struktur des erbrechtlichen Erwerbs im BGB vorgegeben.¹

bbb) Die durch Handschenkung bewirkte Einschränkung der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Schenkers im Gegensatz zum Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des von Todes wegen Verfügenden

Im Gegensatz zum Römischen und zum Gemeinen Recht haben die Mitglieder der ersten Kommission die Überlebensbedingung aber nicht als hinreichendes Abgrenzungskriterium zwischen Lebendenrecht und Erbrecht angesehen.

In den Motiven heißt es im Anschluß an die Passage, in der die selbständige Rechtsfigur der "donatio mortis causa" abgelehnt wird: "Demgemäß begnügt er" (der erste Entwurf) "sich damit, zu bestimmen, daß auf die näher bezeichnete Schenkung" (die Schenkung unter der Überlebensbedingung), "je nachdem nur ein Versprechen erteilt oder die Schenkung vollzogen ist, die Vorschriften über den Erbvertrag oder den Vermächtnisvertrag oder die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden".² Im Gesetzestext des § 1963 des ersten Entwurfs

1 Angesichts dieser Struktur ist es fehlerhaft, die bloße Abhängigkeit der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes vom Tode des Verfügenden als das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Lebendenrecht und Erbrecht anzusehen. So aber R. Leonhard AT S. 268; Staudinger-Lehmann Vorb. zu § 1937 RdNr. 9; Erman-H. Westermann Vorb. zu § 104 RdNr. 19; Lehmann-Hübner AT § 25 II a. Dagegen richtig auf die Überlebensbedingung abstellend: Enneccerus-Nipperdey AT § 147 I 1; Staudinger-Boehmer Vorb. zu § 1922, § 27 RdNr. 2; Flume AT § 11 Z. 6 b; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 5. Zur Bedeutung der Überlebensbedingung vgl. auch noch: Kegel S. 40; v. Lübtow S. 1227.

2 Mugdan Bd. V Motive S. 186.

heißt es dementsprechend, daß auf eine Schenkung unter der Überlebensbedingung "wenn durch Vertrag nur ein Schenkungsversprechen erteilt ist, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder Vermächtnisvertrag" Anwendung finden, während "wenn die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden" zur Anwendung kommen sollen. Die Formulierung dessen, was gelten soll, deckt sich wörtlich mit der Formulierung, mit der die Mitglieder der ersten Kommission in den Motiven die Regelung im Sächsischen BGB wiedergegeben haben. Das Sächsische BGB aber unterstellte nur die Versprechensschenkung dem Erbrecht, während es die Handschenkung stets als Geschäft unter Lebenden ansah.¹ Schon das deutet darauf hin, daß die erste Kommission unter einer vollzogenen Schenkung nichts anderes als eine Handschenkung verstand.

Dies wird auch durch den Gesetzestext des ersten Entwurfs bestätigt. Der erste Entwurf kannte - wie schon dargelegt - im Rahmen des Schenkungsrechts als Rechtsgründe dafür, daß ein Beschenkter einen Schenkungsgegenstand behalten darf, nur die formwirksame Versprechensschenkung gem. § 440 und die formlos wirksame Handschenkung gem. § 441. Diese Handschenkung bezeichnet der erste Entwurf in § 441 als "durch Veräußerung vollzogene Schenkung". Eine "durch Veräußerung vollzogene Schenkung" im Sinne des § 441 lag vor, wenn der Bereicherungserfolg beim Beschenkten eingetreten war. Die Schenkung mußte nach den für den jeweiligen Schenkungsgegenstand maßgebenden gesetzlichen Voraussetzungen dinglich "zur Perfektion" gelangt sein.² Es kam auf die Vollendung des dinglichen Bestellungs- oder Übertragungs- oder Verzichtsgeschäftes an. Mangels anderer Anhaltspunkte muß davon ausgegangen werden, daß die Mit-

1 Vgl. Grützmann Bd. 2 § 250 mit weiteren Nachweisen.

2 Motive Bd. II S. 294, 295.

glieder der ersten Kommission mit den Worten "wenn die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist" auch in § 1963 eine Handschenkung gemeint haben, wobei diese Handschenkung des § 1963 eine unter der Überlebensbedingung stehende Handschenkung ist, was daraus folgt, daß mit den Worten "die Schenkung" in Halbsatz 2 eindeutig auf die zu Anfang des Satzes genannte - durch die Überlebensbedingung bedingte - Schenkung Bezug genommen wird.

Schließlich kannte der erste Entwurf neben dem Gegensatzpaar Versprechensschenkung-Handschenkung keinen wie auch immer gearteten, selbständigen von diesem Gegensatzpaar unabhängigen Begriff eines Vollzuges einer Schenkung. Ein solcher Begriff ist erst später durch Rechtsprechung und Rechtslehre fälschlicherweise im Zusammenhang mit dem heutigen § 518 Abs. 2 herausgebildet worden. § 518 Abs. 2 entstammt aber historisch gesehen der zweiten gesetzgeberischen Schicht; er wurde von der zweiten Kommission als § 440 Abs. 2 des 2. Entwurfes geschaffen. Selbst wenn sich aus ihm ein eigenständiger Vollzugsbegriff ableiten ließe, was in Wahrheit nicht der Fall ist, so hätte dieser für § 1963 des ersten Entwurfes nicht kausal werden können.

Somit bestehen nach dem Wortlaut des ersten Entwurfes, seiner Systematik und seiner Entstehungsgeschichte keine Zweifel daran, daß § 1963 des ersten Entwurfes mit einer durch Veräußerung vollzogenen Schenkung eine Handschenkung gemeint hat.

Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich auch aufgrund objektiv-teleologischer Kriterien. Diese finden ihren Niederschlag in der Begründung der ersten Kommission: "Ist die Schenkung vollzogen, so liegt eine Vergabung des Nachlasses nicht vor; der Schenker mindert vielmehr sein Vermögen sofort und unmittelbar. Die Vorschriften

über Schenkungen unter Lebenden müssen daher Anwendung finden".¹ Erbrecht soll also nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Sache nach eine "Vergabung des Nachlasses" vorliegt. Die ratio legis besteht somit darin, die Umgehung erbrechtlicher Vorschriften zu verhindern. § 1963 steht insoweit in der Kontinuität der geschichtlichen Entwicklung. War doch diese ratio legis schon bei der ursprünglichen Rechtsfigur der "donatio mortis causa" im Römischen Recht der Grund für die Angleichung der "donatio mortis causa" an die Legate.² Auch in den Protokollen der zweiten Kommission, die die Regelung der ersten Kommission inhaltlich bestätigt hat, findet sich noch einmal ein Hinweis darauf, daß der Grund für die gesetzliche Regelung darin liege, "daß es nicht angehe, für Schenkungen von Todes wegen erleichterte Formvorschriften aufzustellen, weil sonst die legislatorischen Gesichtspunkte, auf denen die Formalisierung letztwilliger Verfügungen beruhe, leicht illusorisch gemacht werden könnten".³

Eine Vergabung des Nachlasses durch Verfügung von Todes wegen, auf die die Gesetzesverfasser abgestellt haben, zeichnet sich nun aber nicht nur durch das schon erwähnte "spekulative" Moment aus, daß der erbrechtliche Erwerb nur bei Vorversterben des von Todes wegen Verfügenden stattfindet, sondern weist noch ein weiteres "spekulatives" Moment auf. Dieses liegt darin, daß der erbrechtliche Erwerb des Erben oder des Vermächtnisnehmers im Augenblick des Erbfalles nur in dem Umfang erfolgt, in dem der Erblasser Gegenstände "nachläßt". Nehmen wir z.B. ein Vermächtnis als erbrechtliche Parallele zur Schenkung eines einzelnen Gegenstandes, so gilt, daß das Vermächtnis - wenn nicht ausdrücklich der Ausnahme-

1 Mugdan Bd. V Motive S. 186.

2 Vgl. Jörs-Kunkel § 229; Kaser I § 191.

3 Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

fall eines Verschaffungsvermächtnisses angeordnet ist -
hinfällig wird, wenn sich der vermachte Gegenstand
z.Zt. des Erbfalls nicht mehr im Vermögen des Erblas-
sers befindet, weil dieser zu seinen Lebzeiten über
diesen Gegenstand anderweitig verfügt hat (§ 2169
Abs. 1). Das beruht darauf, daß der von Todes wegen
Verfügende durch die Vornahme der Verfügung von Todes
wegen seine Verfügungsfreiheit unter Lebenden nicht
verliert; er kann und darf unter Lebenden seine Vermö-
gensgegenstände noch jederzeit anderen Personen zuwen-
den als denjenigen, die er von Todes wegen bedacht hat.¹
Für den Erbvertrag wird dies in § 2286 ausdrücklich
normiert. Für das Testament ergibt sich die fortdauernde
lebzeitige Verfügungsfreiheit des Erblassers aus
einem "argumentum a maiore ad minus". Wenn diese Verfü-
gungsfreiheit schon beim grundsätzlich unwiderruflichen
Erbvertrag gegeben ist, dann muß sie erst recht beim
frei widerruflichen Testament bestehen. Es handelt sich
somit bei der fortdauernden lebzeitigen Verfügungsfrei-
heit des Erblassers um ein allgemeines erbrechtliches
Prinzip.² Dieses Prinzip ergibt sich daraus, daß der
Erblasser mit der Verfügung von Todes wegen von vorn-
herein nur eine Anordnung für seinen Todeszeitpunkt
und das dann noch vorhandene Vermögen trifft. Bei der
Vornahme einer letztwilligen Verfügung verfügt der Erb-
lasser nicht über sein gegenwärtiges Vermögen, sondern
über das Vermögen, das er im Augenblick des Todes "nach-
läßt". Die Verfügung von Todes wegen ist ausschließlich

1 Vgl. statt aller: Lange-Kuchinke § 16 II; Brox
RdNr. 91; v. Lübtow S. 1230.

2 § 2287, der nur beim Erbvertrag gilt und dort zur Kon-
dizierbarkeit von den Vertragserben beeinträchtigen-
den lebzeitigen Schenkungen des Erblassers führen
kann, steht nicht im Widerspruch zu diesem Prinzip,
sondern ruht geradezu auf ihm. Gäbe es nicht das Prin-
zip der fortbestehenden lebzeitigen Verfügungsfreiheit
des von Todes wegen Verfügenden, so bedürfte es nicht
der Regelung des § 2287, die in einem Einzelfall ab-
hilft, in dem dieses Prinzip mißbraucht wird.

eine Regelung betreffs der Vermögensgegenstände, die im Augenblick des Erbfalls im Vermögen des Erblassers noch vorhanden sind.¹ Daß die Vermögensgegenstände, die dem Erblasser im Augenblick der Vornahme einer Verfügung von Todes wegen gehören, auch noch im Augenblick des Erbfalls zu seinem Vermögen gehören, wird durch die Verfügung von Todes wegen nicht garantiert, durch sie nicht geregelt. Nach Sinn und Zweck der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit der Verfügung von Todes wegen steht somit ein erbrechtlicher Erwerb, der zu erwarten ist, weil der Erblasser ihn für seinen Todesfall angeordnet hat, immer unter dem Vorbehalt, daß er im Zeitpunkt des Erbfalles nur dann stattfindet, wenn der Erblasser nicht vorher unter Lebenden anderweitig verfügt hat, was ihm jederzeit freisteht. Auch daraus ergibt sich, daß die Stellung des Bedachten eine rechtlich nicht geschützte Position ist.

Dieses "spekulative" Moment existiert nun aber bei der unter Lebenden vollzogenen Handschenkung nicht, wobei hier in unserem Zusammenhang nur die unter der Überlebensbedingung stehende Handschenkung interessiert. Andere Schenkungen fallen von vorneherein nicht in den Regelungsbereich des § 1963 des ersten Entwurfes. Die Überlebensbedingung ist notwendige Voraussetzung für die Anwendung erbrechtlicher Normen. Wo sie fehlt, ist die Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit des Erbrechts bereits gefallen; eine weitere Begründung ist dort nicht mehr erforderlich.² Diese Überlebensbedin-

¹ Vgl. Flume AT § 11 Z 6 a; Kegel S. 39, 40; Endemann Bd. III 1. Hälfte S. 205, 206.

² Daß sich die Überlebensbedingung nicht nur auf das Schenkungsversprechen des § 2301 Abs. 1, sondern auch auf die vollzogene Schenkung des § 2301 Abs. 2 bezieht, kommt im Wortlaut der Bestimmung nicht mehr eindeutig zum Ausdruck. Insoweit war die Fassung des § 1963 des ersten Entwurfes glücklicher. § 1963 formulierte eindeutig, daß auf eine Schenkung unter der

gung kann auch hier bei der Handschenkung konstruktiv sowohl als auflösende Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten als auch als aufschiebende Bedingung des Vorversterbens des Schenkers ausgebildet sein. In beiden Fällen ist wohl das erste - für den Erwerb aufgrund einer Verfügung von Todes wegen essentielle -

(Forts.)

Überlebensbedingung dann, wenn sie nur Schenkungsverprechen war, die erbrechtlichen Vorschriften und dann, wenn sie durch Veräußerung vollzogene Schenkung war, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden sollten. Damit stand eindeutig fest, daß es auch bei der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung nur um eine solche unter der Überlebensbedingung ging. Dies gilt aber auch für den heutigen § 2301; allein schon deshalb, weil § 1963 des ersten Entwurfes für die Auslegung des § 2301 maßgebend ist. Daß sich § 2301 Abs. 2 nur mit den durch die Überlebensbedingung bedingten Handschenkungen beschäftigt und nicht mit unbedingten Schenkungen, wird heute durch eine Betrachtungsweise verdunkelt, die § 2301 Abs. 2 nicht eigenständig, sondern im Zusammenhang mit § 2301 Abs. 1 als auf diese Bestimmung bezogene Heilungsvorschrift sieht. Dies verführt, da man einer unbedingten Übertragung schlecht die Heilungswirkung versagen kann, zu dem Fehlschluß, daß § 2301 Abs. 2 in erster Linie die unbedingte und nur "auch" die bedingte Handschenkung meine (paradigmatisch dafür: Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 19 und Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 9). Zum Teil wird in der Literatur anerkannt, daß § 2301 Abs. 2 nicht eine unbedingte Zuwendung im dinglichen Bereich meine (so z.B. Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2; Brox RdNr. 712; RGRK-Kregel § 2301 Anm. 13). Dies wird zum Teil damit begründet, daß sich die Wirksamkeit einer solchen unbedingten Zuwendung "schon" (Brox RdNr. 712) aus den §§ 516, 518 Abs. 2 ergebe. Dies ist im Prinzip richtig, aber mißverständlich, weil darin mitschwingt, daß sich in diesen Fällen die Wirksamkeit "nicht erst" aus § 2301 Abs. 2 ergebe. Demgegenüber ist festzuhalten, daß eine unbedingte Handschenkung von vorneherein mit dem Regelungsbereich des § 2301 überhaupt nichts zu tun hat, weil ohne Überlebensbedingung ein erbrechtlicher Erwerb überhaupt nicht in Frage stehen kann. Dort, wo mangels Überlebensbedingung kein erbrechtlicher Bezug gegeben ist, bedarf es keiner Anordnung über die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit erbrechtlicher Normen.

"spekulative" Moment gegeben, daß der endgültige Erwerb vom Überleben des Beschenkten abhängt, aber nicht das zweite "spekulative" Moment, das ebenfalls für einen erbrechtlichen Erwerb essentiell ist und das daran liegt, daß der endgültige Erwerb des Bedachten immer noch durch eine anderweitige lebzeitige Verfügung des Erblassers verhindert werden kann. Hat der Schenker dem Beschenkten im Wege der Handschenkung einen Gegenstand unter der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten schenkweise übertragen, so kann der Schenker, der von diesem Augenblick an nicht mehr Rechtsinhaber ist, über diesen Gegenstand nicht mehr wirksam verfügen. Es steht somit schon im Augenblick der Schenkung fest, daß im Falle des Überlebens des Beschenkten - des Nichteintritts der auflösenden Bedingung - der Gegenstand dem Beschenkten endgültig zusteht. Der Schenker kann dies durch anderweitige lebzeitige Verfügungen nicht mehr verhindern. Im Ergebnis gilt dasselbe, wenn der Schenker dem Beschenkten den Gegenstand unter der aufschiebenden Bedingung seines eigenen Vorversterbens schenkweise übertragen hat. Dann bleibt der Schenker zwar zunächst Rechtsinhaber, der noch anderweitig verfügen kann; tut er dies aber, so werden diese anderweitigen Zwischenverfügungen im Falle seines Vorversterbens - des Bedingungseintritts - gem. § 161 Abs. 1 in dem Umfang unwirksam, in dem sie die Übertragungswirkung an den Beschenkten vereiteln oder beeinträchtigen würden. Auch hier vermag also der Schenker nach der aufschiebend bedingt erfolgten Handschenkung den Eintritt des endgültigen Schenkungserfolges im Falle des Überlebens des Beschenkten durch anderweitige Verfügungen nicht mehr zu verhindern. Das zweite "spekulative" Element des erbrechtlichen Erwerbs, daß nämlich der Bedachte nur erwirbt, wenn der Erblasser nicht zwischenzeitlich - zwischen Vornahme der Verfügung und Überlebensfall - unter Lebenden anderweitig verfügt, fehlt somit in beiden Fällen einer Handschenkung unter der Überle-

bensbedingung. Die Handschenkung, bei der Schenkungseinkunft (als Rechtsgrundabrede) und dingliche Verfügung über den Schenkungsgegenstand zusammenfallen, erfaßt eben sofort den Schenkungsgegenstand, auf den sie sich bezieht; im Gegensatz zur Verfügung von Todes wegen, die als eine Anordnung über ein zukünftiges Vermögen - nämlich den Nachlaß im Augenblick des Erbfalles - überhaupt keinen Gegenstand des gegenwärtigen Vermögens des Erblassers ergreift. Dieser der Handschenkung immanente Verfügungstatbestand, durch den bei ihr die Schenkungsmerkmale der Entreicherung und der Bereicherung verwirklicht werden, bewirkt den Verlust der Verfügungsfreiheit des Schenkers. Der Schenker kann über den Schenkungsgegenstand mit Wirksamkeit für den Fall des Überlebens des Beschenkten nicht mehr verfügen, weil er für diesen Fall bereits mit der Handschenkung wirksam unter Lebenden verfügt hat.

Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs eines Dritterwerbers aufgrund einer Zwischenverfügung des Schenkers in der Schwebezeit zwischen der Vornahme der bedingten Verfügung und dem endgültigen Nichteintritt der auflösenden Bedingung bzw. dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung vermag an diesem grundsätzlichen Unterschied zwischen Verfügung von Todes wegen (Fortbestand der Verfügungsfreiheit unter Lebenden) und durch die Überlebensbedingung bedingter Handschenkung (Verlust dieser Verfügungsfreiheit) nichts zu ändern. Diese Möglichkeit, die sich bei einer auflösend bedingten Handschenkung aus einer direkten Anwendung der Vorschriften über einen gutgläubigen Erwerb (der Schenker handelt bei einer Zwischenverfügung als Nichtberechtigter) und bei einer aufschiebend bedingten Handschenkung aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften gem. § 161 Abs. 3 (der Schenker handelt als Berechtigter, der aber grundsätzlich keine im Fall des Bedingungseintritts wirksamen Zwischenverfügungen treffen kann) ergibt, beruht

dogmatisch ja gerade auf eben diesem Verlust der Verfügungsfreiheit. Bei einer vorangegangenen Verfügung von Todes wegen erwirbt ein Dritterwerber unter Lebenden vom Erblasser als Berechtigtem, während er bei einer vorangegangenen bedingten Handschenkung eben nur aufgrund der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten erwerben kann. Dogmatisch spiegeln also diese Erwerbsarten geradezu den grundsätzlichen Unterschied der Rechtslagen, die nach einer Verfügung von Todes wegen und nach einer durch die Überlebensbedingung bedingten Handschenkung eintreten.

Weiterhin ist es auch keineswegs so, daß sich die fehlende Verfügungsfreiheit bei der bedingten Handschenkung wegen der Anwendung der Regeln über den gutgläubigen Erwerb im Ergebnis nicht sonderlich auswirkt. Es ist nicht etwa so, daß ein Schenker nach vorangegangener bedingter Handschenkung dem Beschenkten den Schenkungsgegenstand im Ergebnis genauso gut durch anderweitige Verfügungen vorenthalten kann, wie es ein letztwillig Verfügender nach einer Verfügung von Todes wegen in bezug auf den Bedachten noch tun kann. Zum einen gibt es Gegenstände (z.B. Forderungen), bei denen unser Recht keinen gutgläubigen Erwerb kennt. Zum anderen kann, selbst wenn der betreffende Schenkungsgegenstand gutgläubig erworben werden kann, durch die bedingte Handschenkung die Rechtsscheinsgrundlage beim Schenker entfallen sein. Das ist z.B. der Fall, wenn die geschenkte bewegliche Sache bereits dem Beschenkten übergeben worden ist, so daß mangels Besitzes als Rechtsscheinsgrundlage ein gutgläubiger Erwerb vom Schenker nicht mehr in Betracht kommt. Letztendlich ergibt sich eine Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten der Dritterwerber durch das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Dritterwerbers.

Außerdem ist zu beachten, daß diese Erörterungen nur für den illoyalen Schenker gelten. Für den loyalen Zu-

wendenden bleibt es dabei, daß er durch eine bedingte Handschenkung -anders als durch eine Verfügung von Todes wegen- seine lebzeitige Dispositionsmacht bezüglich des Zuwendungsgegenstandes verliert.

Da für die Verfügungen von Todes wegen die auch für den Fall des Überlebens des Bedachten fortbestehende lebzeitige Verfügungsfreiheit des Erblassers ein essentieller Grundsatz ist, ist es objektiv-teleologisch sachgerecht, wenn eine Norm, deren Zweck es ist, Schenkungen unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen nicht der äußeren Einkleidung, sondern der Sache nach zu trennen, die durch die Überlebensbedingung bedingte Handschenkung nicht dem Erbrecht, sondern dem lebzeitigen Schenkungsrecht zuordnet.

Somit ergibt sich, daß nach sämtlichen Auslegungskriterien -Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Vorschrift- §1963 Halbsatz 2 des ersten Entwurfes dahingehend auszulegen ist, daß das Schenkungsrecht unter Lebenden auf die durch das Überleben des Beschenkten bedingte Handschenkung Anwendung findet.

Da die zweite Kommission den Regelungsgehalt der Bestimmung sachlich nicht geändert, sondern nur formale Veränderungen vorgenommen hat, ist auch § 2301 Abs. 2 in dieser Hinsicht auszulegen. Nach dem bisher Gesagten ist somit der Inhalt des § 2301 Abs. 2 wie folgt zu umschreiben: "Hat der Schenker eine Handschenkung unter der Bedingung vorgenommen, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung."¹ Diese Regelung umfaßt sowohl den Fall der aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Schenkers als auch den Fall der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten.

¹ Insoweit -ausschließlich aus entstehungsgeschichtlichen Gründen- übereinstimmend Harder S.117. Der von mir im Rahmen des § 2301 Abs.2 vertretene Handschenkungsbe-
griff ist aber teils enger (vergl. S.101-124), teils
weiter (S.131,132) als derjenige Harders. Inzwischen
hat sich Harder der subjektiven Theorie angeschlossen
in: Grundzüge des Erbrechts S.94.

ccc) Der Einfluß der Widerruflichkeit der Schenkung

Grundsätzlich hat somit das BGB - ebenso wie das BGB für das Königreich Sachsen von 1865 als historischer Vorläufer dieser Regelung - die Trennungslinie zwischen dem Erbrecht und dem Recht der lebzeitigen Schenkung dergestalt gezogen, daß die durch die Überlebensbedingung bedingte bloß schuldrechtlich wirkende Versprechensschenkung, die ebenso wie eine Verfügung von Todes wegen den Anwendungsgegenstand nicht erfaßt, dem Erbrecht unterfällt, während für die durch die Überlebensbedingung bedingte dinglich wirkende Handschenkung, die den Zuwendungsgegenstand sofort erfaßt, das Schenkungsrecht unter Lebenden gelten soll. Damit hat sich das BGB prinzipiell gegen das Abgrenzungskriterium der Unwiderruflichkeit des Preußischen Allgemeinen Landrechts ausgesprochen.

Nach diesem Abgrenzungskriterium wäre die unwiderrufliche Versprechensschenkung von Todes wegen als lebzeitiges Rechtsgeschäft einzuordnen gewesen. Die Verfasser des BGB's wollten aber immer dann Erbrecht angewandt wissen, wenn in der Sache eine "Vergabung des Nachlasses" vorliegt.¹ Auch bei einer unwiderruflichen Versprechensschenkung von Todes wegen liegen die beiden Essentialien vor, die nach unserem Recht eine "Vergabung des Nachlasses" charakterisieren. Auch bei ihr findet der Erwerb des eigentlichen Schenkungsgegenstandes endgültig nur dann statt, wenn der Beschenkte überlebt (Spekulation auf das Überleben) und außerdem der Schenker bis dahin über den Schenkungsgegenstand nicht anderweitig verfügt hat (Spekulation darauf, daß der Zuwendende den Zuwendungsgegenstand "nachläßt"). Bis zu seinem Tode kann der Schenker wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung der Versprechensschenkung lebzei-

¹ Mugdan Bd. V, Motive S. 186.

tig über den Schenkungsgegenstand anderweitig wirksam verfügen. Nur wenn diese beiden Gefährdungen des Erwerbs sich nicht realisieren, kommt ein endgültiger Erwerb des eigentlichen Schenkungsgegenstandes durch den Beschenkten in Betracht.

Demgegenüber stellt es für unser Recht - etwa im Gegensatz zum Römischen Recht - kein essentielles Merkmal eines erbrechtlichen Erwerbs dar, daß er aufgrund einer einseitigen und frei widerruflichen Verfügung von Todes wegen erfolgt. Das BGB kennt vielmehr neben der einseitigen und frei widerruflichen (§ 2253 Abs. 1) testamentarischen Anordnung mit dem Erbvertrag eine vertragsmäßige und grundsätzlich unwiderrufliche (§ 2289 Abs. 1 Satz 2, §§ 2290 ff) erbrechtliche Anordnungsform. Somit hätten die Gesetzesverfasser im Zusammenhang mit der Schenkung von Todes wegen die Unwiderruflichkeit der Anordnung nicht zum abgrenzenden Charakteristikum der lebzeitigen Rechtsgeschäfte und dementsprechend die Widerruflichkeit zum Wesensmerkmal der Verfügungen von Todes wegen erklären können, ohne in Widerspruch zu den Regelungen des Erbrechts zu geraten. Die Unwiderruflichkeit bzw. Widerruflichkeit der Anordnung schied damit als generelles Abgrenzungskriterium zwischen Erbrecht und Lebendenrecht aus. Als generelles Abgrenzungskriterium war sie untauglich, weil sie entgegen dem entscheidenden Wertungskriterium (Vergabung des Nachlasses) die unwiderrufliche Versprechensschenkung von Todes wegen den lebzeitigen Rechtsgeschäften zugeordnet hätte.

Daraus, daß die Gesetzesverfasser die Unwiderruflichkeit bzw. Widerruflichkeit als generelles Abgrenzungskriterium abgelehnt haben, kann nun aber nicht der Schluß gezogen werden, daß dieser Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen Erbrecht und Lebendenrecht überhaupt keine Rolle spielt. Bis jetzt ist auch nur ge-

zeigt worden, daß er für die Versprechensschenkung irrelevant ist. Die Versprechensschenkung weist immer, wenn sie unter die Überlebensbedingung gestellt wird, eine erbrechtliche Struktur auf. Damit ist aber noch nichts über den Einfluß dieses Gesichtspunkts auf den Charakter einer Handschenkung von Todes wegen ausgesagt. Festgestellt worden ist allerdings schon, daß die unwiderrufliche Handschenkung - von einer anderen Form der Handschenkung war bis jetzt noch nicht die Rede; die Handschenkung ist wie jeder andere Vertrag, wenn nichts anderes bestimmt wird, unwiderruflich - wegen des Nichtfortbestandes der Verfügungsfreiheit des Verfügenden unter Lebenden den Rechtsgeschäften unter Lebenden auch dann zuzurechnen ist, wenn sie unter der Überlebensbedingung steht. Mit der Struktur einer durch die Überlebensbedingung bedingten widerruflichen Handschenkung haben wir uns bis jetzt noch nicht beschäftigt. Das Gesetz hat die generelle Grenzlinie zwischen Erbrecht und Lebendenrecht deshalb anhand der Kriterien Versprechensschenkung und Handschenkung bestimmt, weil das bloß schuldrechtlich wirkende Versprechen auf den Todesfall ebenso wie eine Verfügung von Todes wegen und im Gegensatz zur dinglich wirkenden Handschenkung den Zuwendungsgegenstand zu Lebzeiten des Zuwendenden nicht erfaßt und die Verfügungsmacht des Zuwendenden bestehen läßt. Da aber diese fortbestehende Verfügungsmacht nicht Selbstzweck, sondern Mittel der Dispositionsfreiheit ist, erscheint es als möglich, daß § 1963 HS 2 mit den Worten "Wenn die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist" nur den Normalfall einer unwiderruflichen Handschenkung gemeint hat. Bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen bleibt, obwohl auch sie als Handschenkung den Zuwendungsgegenstand dinglich erfaßt und somit die Verfügungsmacht des Verfügenden vermindert (Rechtsverlust bzw. § 161 Abs. 1), die Dispositionsfreiheit des Verfügenden aufgrund seines Widerrufrechtes in der Sache erhalten. Dies ist aber

der Gesichtspunkt, der als materielles Kriterium hinter dem konstruktiven Unterschied zwischen Fortbestand und Nichtfortbestand der lebzeitigen Verfügungsmacht steht. Bei der Vergabung des Nachlasses durch Verfügung von Todes wegen besteht die Verfügungsmacht des Verfügenden nicht um ihrer selbst willen fort. Sie ist vielmehr nur das rechtstechnische Mittel, das es dem Verfügenden erlauben soll, weiterhin unter Lebenden frei über sein gegenwärtiges Vermögen disponieren zu können. Berücksichtigt man dies, so erscheint es als möglich, daß das Gesetz mit der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung - der Handschenkungen - nur die Handschenkungen erfassen wollte, bei der mit dem konstruktiven Merkmal der Einschränkung der Verfügungsmacht des Verfügenden zugleich auch das materielle Merkmal der Einschränkung der Dispositionsfreiheit verbunden ist. Dies ist aber nur bei der unwiderruflichen Handschenkungen von Todes wegen, nicht bei der widerruflichen Handschenkungen von Todes wegen der Fall.

Der Wortlaut des § 1963 des ersten Entwurfes spricht gegen eine solche Auslegung. Unter einer "durch Veräußerung vollzogenen Schenkung" versteht der erste Entwurf in § 441 die Handschenkungen. Bei dieser Handschenkungen differenziert das Gesetz aber nicht zwischen einer unwiderruflichen und einer widerruflichen Handschenkungen. Dies wäre im Rahmen des lebzeitigen Schenkungsrechts auch nicht sachgerecht. Hier trennt das Gesetz nur zwischen der formbedürftigen Versprechensschenkung des § 440 (heute § 518 Abs. 1) und der formlos wirksamen Handschenkungen des § 441 (heute § 516 Abs. 1), wobei legislatorisches Motiv für diese Trennung in erster Linie der Schutz des Schenkers vor Übereilung war.¹ Der Schenker bedarf bei einer Handschenkungen, wobei die "normale" Handschenkungen, bei der nichts Besonderes verein-

¹ Motive Bd. II, S. 291, 294.

bart wird, wegen ihres Vertragscharakters eine unwiderrufliche ist, nicht des Schutzes durch eine gesetzliche Formvorschrift, weil das von ihm sofort im Augenblick der Schenkung erbrachte Opfer des eigentlichen Schenkungsgegenstandes ihn hinreichend vor Übereilung schützt. Der Schenker, der ein widerrufliches Vermögensopfer, also ein geringeres Opfer erbringt, bedarf aber keines weitergehenden gesetzlichen Schutzes als derjenige Schenker, der unwiderruflich opfert. Es ist deshalb zu Recht allgemein anerkannt, daß nach unserem Recht die widerrufliche unentgeltliche Zuwendung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes als formlose Handschenkung wirksam ist.¹ Die möglicherweise geringere Warnfunktion eines widerruflichen Opfers - dies ist der einzige Gesichtspunkt, der für eine Formpflicht der widerruflichen Handschenkung sprechen könnte - wird dadurch ausgeglichen, daß das Opfer wegen der Widerruflichkeit objektiv geringer ist als bei einer unwiderruflichen Handschenkung. Bereut der Schenker eine widerrufliche Handschenkung, die er übereilt vorgenommen hat, so kann er das Geschenk allein schon wegen der Widerruflichkeit zurückverlangen. Die Schwäche des Opfers, die in der Widerruflichkeit ihren Ausdruck findet, macht eine Formvorschrift überflüssig. Die Rückforderungsmöglichkeit bei übereilt vorgenommener Schenkung, um derentwillen hier eine Formvorschrift doch nur in Betracht kommen könnte, existiert schon wegen der Widerruflichkeit der Schenkung. Aus dieser im lebzeitigen Schenkungsrecht des BGB's geltenden Regelung, daß unwiderrufliche und widerrufliche Handschenkungen gleichermaßen formlos wirksam sind, dürfen aber keine Schlüsse für die Schenkung von Todes wegen gezogen werden.²

1 RGRK-Mezger § 518 RdNr. 3; Soergel-Ballerstedt § 518 RdNr. 3; Staudinger-Reuss § 518 RdNr. 23.

2 Solche Schlüsse werden aber von Hinz JuS 1965, 299, 303 und Harder S. 38 gezogen.

Die gesetzgeberische Behandlung der Formfragen im lebzeitigen Schenkungsrecht ist nämlich - wie bereits dargestellt - für die gesetzgeberische Lösung der Formfragen bei der Schenkung von Todes wegen nicht kausal geworden.¹ Zwar ist es richtig, daß die gesetzgeberische Lösung sowohl im lebzeitigen Schenkungsrecht als auch - wie wir inzwischen ohne "Argumentationsanleihen" bei den §§ 516 ff erkannt haben - bei der Schenkung von Todes wegen an die Differenzierung von Versprechensschenkungen und Handschenkungen anknüpft. Sie tut dies aber in diesen beiden Fällen aus verschiedenen Gründen. Die ratio legis ist jeweils eine andere. Bei der normalen Schenkung unter Lebenden ohne Überlebensbedingung fragt das Gesetz danach, bei welcher Schenkungsart der Schenker vor Übereilung geschützt werden muß, um dann für diese ein Formerfordernis aufzustellen. Zwar soll § 518 auch Beweis Zwecken dienen.² Diese Zwecke hätten aber auch durch die Anordnung bloßer Schriftform erreicht werden können. Die Tatsache, daß notarielle Beurkundung angeordnet worden ist, zeigt, daß das Gesetz den Übereilungsschutz als den entscheidenden Grund für das Formerfordernis angesehen hat. Bei der durch die Überlebensbedingung bedingten Schenkungen von Todes wegen fragt das Gesetz dagegen danach, welche dieser Schenkungen der Sache nach eine "Vergabung des Nachlasses"³ darstellen, um auf sie dann die Regeln des Erbrechts anzuwenden. In Beantwortung dieser Fragen unterstellt das Gesetz bei den lebzeitigen Schenkungen die im Wege der Schenkung begründeten kausalen (§ 518 Abs. 1 Satz 1) und abstrakten (§ 518 Abs. 1 Satz 2) Forderungen einem Formerfordernis, während es bei den Schenkungen von Todes wegen die kausalen (§ 2301 Abs. 1 Satz 1) und ab-

¹ Insoweit unrichtig: Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III ; Lange-Kuchinke § 31 II 1 b; Harder S. 119.

² Vgl. Motive Bd. II S. 293.

³ Mugdan Bd. V, Motive S. 186.

strakten (§ 2301 Abs. 1 Satz 2) durch Schenkung begründeten Forderungen dem Erbrecht zuordnet. Die Begründungen dafür sind aber verschieden. Bei den Schenkungen ohne Überlebensbedingung soll derjenige Schenker vor Übereilung geschützt werden, der sich nicht sofort des eigentlichen Schenkungsgegenstandes entäußert, sondern erst nur eine Forderung auf den eigentlichen Schenkungsgegenstand durch Schenkung begründet. Weil eine solche Forderungsbegründung den Schenker noch nicht fühlbar trifft, birgt sie die Gefahr einer übereilten Entscheidung in sich. Wäre ein formloses Versprechen wirksam, so könnte solch eine übereilte Entscheidung für den Schenker zum Verlust des eigentlichen Schenkungsgegenstandes führen. Bei den Schenkungen unter der Überlebensbedingung werden dagegen die Forderungsbegründungen dem Erbrecht zugeordnet, weil es bei ihnen in der Sache um eine Vergabung des Nachlasses geht, da das bloß schuldrechtlich wirkende Versprechen, wenn es unter der Überlebensbedingung steht, erst den Nachlaß betrifft. Auf keinen Fall geht es darum, den Schenker vor übereilten Opfern zu schützen. Bei dieser Art von Versprechensschenkung trifft das Opfer gar nicht den Schenker, sondern erst dessen Erben. Es geht vielmehr, da in der Sache eine Vergabung des Nachlasses vorliegt, um den erbrechtlichen Authentizitätsschutz. Die vom Erbrecht für die Verfügung von Todes wegen vorgeschriebenen Formen sind Sicherungsmittel für die Feststellung der Echtheit der Anordnung des Erblassers. Da einerseits im Augenblick der Verteilung des Nachlasses der Erblasser selbst als wichtigster "Zeuge" ausscheidet und andererseits in Anbetracht des grundsätzlich unentgeltlichen Erwerbs, der in Frage steht, Interessenkonflikte der Nachlaßinteressenten absehbar sind, besteht ein großes Interesse daran, daß sicher festgestellt werden kann, ob eine in diesem Augenblick vorliegende Anordnung des Erblassers über die Verteilung des Nachlasses echt ist,

d.h. von ihm stammt und später nicht verfälscht worden ist. Dieser Identitätsfeststellung dienen die erbrechtlichen Formen in erster Linie. Weiterhin soll das Form Erfordernis es ermöglichen, die Anordnung, die als letzter Wille gelten soll, von bloßen Entwürfen und Ankündigungen zu unterscheiden. Neben diesen Beweisfunktionen, die im Vordergrund stehen, hat die Form auch noch den Zweck, den Erblasser vor leichthin geäußerten, vor-eiligen und unüberlegten Entschlüssen bezüglich der Nachlaßverteilung zu bewahren. Dies ist nun zwar auch eine Warnfunktion; es ist aber eine andere Warnfunktion als die im lebzeitigen Schenkungsrecht. Es geht nicht darum, den Testierenden vor übereilten Vermögensopfern zu bewahren - solche erbringt er durch eine Verfügung von Todes wegen nicht -, sondern darum, ihn zu möglichst sorgfältigen Überlegungen betreffs der Verteilung seines Nachlasses anzuhalten.¹

Aus ganz verschiedenen Gründen ist also der Gesetzgeber einerseits bei der Frage der Formpflicht einer Schenkung unter Lebenden und andererseits bei der Frage nach der Anwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften auf eine Schenkung von Todes wegen zu einer identischen prinzipiellen Trennungslinie gekommen. Dies beruht auf der Tatsache, daß bei der bloßen Versprechensschenkung der dingliche Zuwendungsakt bezüglich des eigentlichen Schenkungsgegenstandes noch nicht vorgenommen wird. Diese Tatsache erweist sich einerseits für den Übereilungsschutz bei normalen lebzeitigen Schenkungen als relevant; der Schenker hat das in dem dinglichen Zuwendungsakt liegende eigentliche Opfer noch nicht vor Augen. Andererseits ist diese Tatsache aber auch für die erbrechtliche Struktur bei einer durch die Überlebensbedingung bedingten Schenkung relevant; der Schenker be-

¹ Vgl. statt aller: Brox RdNr. 104, 124; Lange-Kuchinke § 16 IV 3; Kipp-Coing § 18 II; v. Lübtow S. 116; Leipold § 11 I; Endemann Grundriß § 12 III.

hält bezüglich des eigentlichen Schenkungsgegenstandes, der nur versprochen ist, ebenso wie ein Erblasser bezüglich eines Vermächtnisgegenstandes die lebzeitige Verfügungsfreiheit.

Es ist also keineswegs so, daß der Gesetzgeber zwischen § 516 und § 518 einerseits und zwischen § 2301 Abs. 1 und § 2301 Abs. 2 andererseits die identische prinzipielle Trennungslinie willkürlich und unter Verkennung der verschiedenartigen legislatorischen Zwecke gezogen hat.¹ Diese Identität ergibt sich vielmehr aus der Natur der Sache, nämlich aus der bloß schuldrechtlichen Struktur der Versprechensschenkung, der einerseits die Warnfunktion des dinglichen Zuwendungsaktes fehlt und die andererseits die für die Verfügungen von Todes wegen essentielle Verfügungsfreiheit unter Lebenden bestehen läßt. Es liegt somit ein identisches Ergebnis vor, das sich daraus ergibt, daß zwei verschiedene legislatorische Zwecke bei zwei verschiedenen gesetzlichen Regelungszusammenhängen für die Versprechensschenkung zu demselben Ergebnis führen, weil die vorgegebene Struktur der Versprechensschenkung sich für beide legislatorische Zwecke als relevant erweist.

Ist dem aber so, daß die Abgrenzung zwischen Versprechensschenkung und Handschenkung in § 1963 des ersten Entwurfes (§ 2301) aus anderen teleologischen Gründen als die Abgrenzung zwischen § 440 und § 441 des ersten Entwurfes (§ 516 / § 518) erfolgt ist, so kann dem Wortlautargument und z.T. auch systematischen Argument, daß § 1963 von einer "durch Veräußerung vollzogenen Schenkung" spricht und daß § 441 unter einer "durch Veräußerung vollzogenen Schenkung" sowohl die unwiderrufliche als auch die widerrufliche Handschenkung versteht, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden.

1 So aber zu Unrecht: Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III; Harder S. 119.

Wir haben gesehen, daß unter dem legislatorischen Gesichtspunkt der Abgrenzung zwischen § 440 und § 441 - Übereilungsschutz - die widerrufliche Handschekung den formlos wirksamen Handschenkungen zuzuordnen ist. Dies besagt aber nicht, daß die widerrufliche Handschekung unter dem bei der Abgrenzung der Schenkungen von Todes wegen entscheidenden Aspekt "Vergabung des Nachlasses" den von den erbrechtlichen Formen freigestellten Schenkungen zuzurechnen ist. Führt die verschiedenen teleologischen Gesichtspunkte für die Versprechensschenkung wegen deren vorgegebener Struktur zum identischen Ergebnis der Formpflicht, so ist damit nicht gesagt, daß diese verschiedenen Aspekte für die widerrufliche Handschekung zum identischen Ergebnis der Formfreiheit führen. Da die eine gesetzgeberische Abgrenzung (§ 440 / § 441) nicht kausal für die andere gesetzgeberische Abgrenzung (§ 1963 Halbs. 1 / § 1963 Halbs. 2) ist, steht methodisch nichts entgegen, im Rahmen des § 1963 im Gegensatz zu § 441 unter einer "durch Veräußerung vollzogenen Schenkung" nur eine unwiderrufliche Handschekung zu verstehen, wenn dies teleologisch geboten ist.

Teleologisches Kriterium für die Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Vorschriften auf die "durch die Veräußerung vollzogene Schenkung" von Todes wegen ist die Tatsache, daß bei ihr eine Vergabung des Nachlasses nicht vorliegt.¹ Dieses Kriterium trifft nun wohl auf die unwiderrufliche Handschekung von Todes wegen, nicht aber auf die widerrufliche zu. Bei der unwiderruflichen Handschekung fehlt es an dem für eine Vergabung des Nachlasses essentiellen spekulativen Moment, daß der Bedachte nur erwirbt, wenn der Verfügende zu seinen Lebzeiten nicht noch anderweitig verfügt. Das den Ver-

¹ Mugdan Bd. V, Motive S. 186.

fügungen von Todes wegen immanente Moment der fortbestehenden Verfügungsfreiheit des Verfügenden unter Lebenden existiert bei der unwiderruflichen Handschenkung nicht. Bei ihr erwirbt der Beschenkte im Überlebensfall auch dann, wenn der Schenker nach der Handschenkung noch anderweitig verfügt.¹ Bei der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten ist eine solche Verfügung des Schenkers von Anfang an unwirksam, und sie bleibt endgültig unwirksam, wenn der Schenker vorverstirbt (endgültiger Nichteintritt der auflösenden Bedingung), während bei der aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Schenkers eine anderweitige Verfügung im Augenblick des Überlebens des Beschenkten (Eintritt der Bedingung) gem. § 161 Abs. 1 unwirksam wird. Daß der Beschenkte den Verfügungsgegenstand im Überlebensfall erwirbt, ist also vom Augenblick der unwiderruflichen Handschenkung an sichergestellt. Der Schenker verfügt nicht über sein künftiges Vermögen, das im Augenblick seines Todes vorhanden sein wird, sondern mindert sofort und unmittelbar sein im Augenblick der Handschenkung vorhandenes Vermögen; im Fall der auflösenden Bedingung um die Rechtsinhaberschaft, im Fall der aufschiebenden Bedingung um eine dingliche Anwartschaft des Beschenkten am Schenkungsgegenstand. Dementsprechend wird für den Beschenkten nicht etwa eine rechtlich ungesicherte Hoffnung auf einen Erwerb aus dem Nachlaß, sondern die dingliche Position des Rechtsinhabers oder des Anwartschaftsberechtigten in bezug auf einen Gegenstand des gegenwärtigen Vermögens des Schenkers begründet. Dies alles trifft für die unwiderrufliche Handschenkung so nicht zu. Bei ihr kann der Schenker nach Vornahme des bedingten dinglichen Zuwendungsaktes durch Widerruf entweder die dingliche Einigung oder doch zumindest die schuldrechtliche Grundlage

¹ Dazu, daß die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs an dem prinzipiellen Unterschied der Verfügungsarten nichts ändert vgl. S. 38 ff

der dinglichen Einigung vernichten. Bei der ersten Möglichkeit fällt dem Schenker die ungeschmälerete Rechteinhaberschaft am Schenkungsgegenstand automatisch wieder zu, im zweiten Fall kann er sie sich durch Kondition wieder beschaffen. Beides bewirkt, daß er wieder über diesen Gegenstand anderweitig frei verfügen kann. Der Rechtserwerb im Überlebensfall ist somit für den Beschenkten nicht sichergestellt. Er tritt vielmehr nur ein, wenn der Schenker nicht widerruft. Damit liegt aber das eben charakterisierte, für einen lebzeitigen Rechtserwerb typische Element der fehlenden Verfügungsfreiheit des Veräußerers nach Abschluß des Verfügungstatbestandes in der Sache nicht vor. Zwar verliert der Schenker mit Abschluß des Verfügungstatbestandes, genauso wie bei der unwiderruflichen Schenkung, seine Verfügungsmacht; er kann sie sich aber, im Gegensatz zu der unwiderruflichen Schenkung, jederzeit durch Widerruf wieder beschaffen. Damit liegt in der Sache die erbrechtliche Konstellation, die der Vergabung des Nachlasses vor, da der endgültige Rechtserwerb nicht nur vom Überleben des Beschenkten, sondern außerdem auch davon abhängt, daß es sich der Verfügende zwischenzeitlich - zwischen Vornahme der Verfügung und Tod - nicht noch anders überlegt. Der Rechtserwerb des Beschenkten steht unter dem Vorbehalt, daß der Schenker nicht noch anders disponiert. Dies ist aber das essentielle Merkmal der Vergabung des Nachlasses. Der Bedachte erwirbt einen Gegenstand nur dann, wenn der Erblasser diesen Gegenstand "nachläßt", d.h. über diesen Gegenstand unter Lebenden nicht anderweitig verfügt. Hat der Schenker bis zu seinem Tode nicht widerrufen, so steht erst in diesem Augenblick endgültig fest, daß der überlebende Zuwendungsempfänger den Zuwendungsgegenstand wirklich erwirbt; bis zu diesem Zeitpunkt war dieser Erwerb im Überlebensfall nicht sichergestellt. Materiell geht es somit um Nachlaßverteilung; dann passen aber auch teleo-

logisch gesehen die Formen, die das Gesetz für die Nachlaßverteilung angeordnet hat. Bei der Anwendung des teleologischen Kriteriums zur Trennung der lebzeitigen Rechtsgeschäfte von den Verfügungen von Todes wegen ergibt sich also, daß die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen den erbrechtlichen Rechtsgeschäften zuzurechnen ist.

Von Autoren, die die widerrufliche Handschenkung ebenso wie die unwiderrufliche als vollzogene Schenkung i.S.d. § 2301 Abs. 2 ansehen, wird eingewandt, daß die widerrufliche, aber nicht widerrufenen Verfügung "ex post" betrachtet keinen Unterschied zu der unwiderruflichen Verfügung aufweise. Sei die widerrufliche Verfügung bis zum Tode des Schenkers nicht widerrufen worden, so habe die Verfügungsbeschränkung des Schenkers in der Zeit zwischen Vornahme der Verfügung und Tod ange dauert. Es komme darauf an, was der Schenker getan habe, nicht darauf, was er hätte tun können."De facto" habe er aber das Opfer sofort erbracht; er habe nur darauf verzichtet, es wieder rückgängig zu machen.¹ Dem kann nicht zugestimmt werden. Natürlich geht es nur um die "de iure" widerrufliche, "de facto" nicht widerrufenen Schenkung. Wird nämlich die Schenkung widerrufen, so kommt es zu gar keinem Erwerb des Zuwendungsempfängers. Die Frage, ob in der Sache ein lebzeitiger Erwerb eines Beschenkten oder ein Erwerb eines Bedachten aufgrund einer Verfügung von Todes wegen vorliegt, stellt sich überhaupt nicht mehr. Sie stellt sich nur, wenn die Schenkung nicht widerrufen worden ist, obwohl sie hätte widerrufen werden können. Es geht also nur darum, ob die Widerrufsmöglichkeit den erbrechtlichen Charakter zu begründen vermag. Diese Frage kann nicht dahingehend beantwortet werden, daß dies nicht der Fall sei,

¹ So ausführlich: Kegel S. 53, 54. Ähnlich: Wieacker S. 271, 279; Hinz JuS 1965, 299, 303.

weil aus der Möglichkeit keine Wirklichkeit geworden sei. Wäre aus der Möglichkeit Wirklichkeit geworden, so würde sich die Frage nicht stellen. Daß aus der Möglichkeit keine Wirklichkeit geworden ist, ist somit Voraussetzung der Fragestellung. Die Voraussetzung einer bestimmten Fragestellung kann aber nicht gleichzeitig ihre Beantwortung darstellen. Es ist vielmehr so, daß der Möglichkeit als Denkkategorie eine "ex ante" Betrachtungsweise immanent ist. Wer dagegen eine Möglichkeit danach beurteilt, welche der möglichen Alternativen sich "ex post" gesehen verwirklicht hat, der beurteilt in Wirklichkeit gar nicht die Möglichkeit als solche, sondern entscheidet allein schon durch seine Betrachtungsweise, daß er die Möglichkeit als solche als bedeutungslos ansieht. Er erspart sich aber durch seine Scheinargumentation die Begründung dafür. Die statt dieser Scheinargumentation erforderliche "ex ante" Betrachtung zeigt, daß in Wahrheit bei der wider-
ruflichen Handschenkung von Todes wegen eine typisch erbrechtliche Situation vorliegt. Genauso wie der Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers noch im Ungewissen ist, ob er im Überlebensfall tatsächlich erwirbt, weil der Erblasser unter Lebenden noch anderweitig verfügen kann, ist der Beschenkte bei einer widerruflichen Handschenkung von Todes wegen über den tatsächlichen Erwerb im Überlebensfall im Ungewissen, weil der Schenker diese Handschenkung widerrufen und damit seine Verfügungsmacht wiedergewinnen kann. Die Widerrufsmöglichkeit konstituiert bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen die für die Verfügung von Todes wegen essentielle Verfügungsfreiheit unter Lebenden, die sich der von Todes wegen Verfügende im Gegensatz zum lebzeitig Verfügenden trotz seiner Verfügung bewußt vorbehält. Diese Verfügungsfreiheit ist nichts anderes als eine Möglichkeit. Wäre die Argumentation der o.g. Autoren richtig, so könnte man auch einen Erwerb aufgrund eines Vermächtnisses, bei dem der Erblasser nach der Verfü-

gung von Todes wegen über den Vermächtnisgegenstand nicht anderweitig verfügt hat, als einen lebzeitigen Rechtserwerb einordnen, da "ex post" gesehen der Erblasser von der Möglichkeit seiner Verfügungsfreiheit keinen Gebrauch gemacht hat, "ex post" gesehen sich also das zweite "spekulative" Moment eines erbrechtlichen Erwerbs - die Möglichkeit einer anderweitigen lebzeitigen Verfügung des Erblassers - nicht nachteilig ausgewirkt hat. Die Fehlerhaftigkeit dieser Argumentation liegt auf der Hand. Das essentiell erbrechtliche Moment liegt darin, daß der Erblasser unter Lebenden anderweitig verfügen kann. Tut er dies nicht, so wird dadurch der erbrechtliche Erwerb des Bedachten, der ohne diese Tatsache gar nicht stattfinden würde, nicht zu einem lebzeitigen Erwerb. Dieses "Können" wird dem Schenker aber bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen bewußt eingeräumt.

Gegen die Möglichkeit, im Rahmen des § 2301 nur die unwiderrufliche, aber nicht die widerrufliche Handschenkung als vollzogene Schenkung anzusehen, wird immer wieder die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ins Feld geführt.¹ Bezeichnenderweise stützt man sich dabei aber nicht auf die Motive der ersten Kommission, sondern auf die Protokolle der zweiten Kommission. Der materielle Regelungsgehalt des heutigen § 2301 ist aber entstehungsgeschichtlich ausschließlich durch § 1963 des ersten Entwurfes bestimmt worden. Die zweite Kommission wollte in § 2167 des zweiten Entwurfes den § 1963 des ersten Entwurfes in seinem materiellen Regelungsgehalt nicht abändern. Die zweite Kommission beschäftigte sich nach ihrer eigenen Aussage ausschließlich mit "konstruk-

¹ So insbesondere von: Hinz JuS 1965, 299, 303; Har-
der S. 38, 39; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18;
Staudinger-Boehmer Einl. zu § 1922, § 26 RdNr. 7.

tionellen" Klarstellungen, z.B. bezüglich der abstrakten Forderungen und bezüglich der Fassung der Überlebensbedingung.¹

In der zweiten Kommission wurde ein Antrag eingebracht, daß eine Schenkung den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen unterliegen solle, "wenn die Schenkung zwar vollzogen ist, der Schenker sich jedoch das Recht vorbehalten hat, die Schenkung beliebig widerrufen zu dürfen".² Die Mitglieder der zweiten Kommission haben diesen Antrag nicht als Klarstellung oder Interpretation des ihnen vorliegenden § 1963 des ersten Entwurfes angesehen, sondern als materielle "Einschränkung" der ihnen vorliegenden Regelung.³ Sie waren der Ansicht, daß nach dieser Regelung die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen ebenso wie die unwiderrufliche als Schenkung unter Lebenden zu behandeln war. Eine "Einschränkung" dieser Regelung dahingehend, daß nur noch die unwiderrufliche Handschenkung lebzeitiges Rechtsgeschäft sein sollte, wollten sie nicht; dementsprechend lehnten sie diesen Antrag ab.⁴ Die Mitglieder der zweiten Kommission gingen davon aus, daß nach § 1963 des ersten Entwurfes die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen nicht dem Erbrecht unterlag, und lehnten einen Antrag ab, der dies nach ihrer Meinung einführen wollte.

Diese Perspektive der zweiten Kommission haben sich die o.g. Autoren zu eigen gemacht. Die Argumentation aus der Entstehungsgeschichte lautet bei ihnen dementsprechend, daß erst in der zweiten Kommission beantragt worden sei, die widerrufliche Handschenkung dem Erb-

1 Mugdan Bd. V Protokolle S. 761.

2 Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

3 Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

4 Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

recht zu unterstellen, daß dieser Antrag aber abgelehnt worden sei.¹

Das ist aber nur dann richtig, wenn die der zweiten Kommission vorliegende Regelung des § 1963 des ersten Entwurfes die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen wirklich als lebzeitiges Rechtsgeschäft eingeordnet hat. Dem ist aber nicht so. § 1963 sprach nur von einer "durch Veräußerung vollzogenen Schenkung". Unter einer solchen nur eine unwiderrufliche Handschenkung zu verstehen, ist mit dem Wortlaut genausogut zu vereinbaren wie eine dahingehende Auslegung, daß unwiderrufliche und widerrufliche Schenkungen erfaßt werden. Das Wortlautargument und zum Teil auch systematische Argument, daß im Recht der normalen lebzeitigen Schenkungen der Begriff der Handschenkung (§ 441 des ersten Entwurfs) sowohl unwiderrufliche als auch widerrufliche Schenkungen umfasse, zieht nicht, weil die Abgrenzungen bei den lebzeitigen Schenkungen und bei den Schenkungen von Todes wegen nach verschiedenen teleologischen Kriterien erfolgt sind (einerseits "Übereilungsschutz", andererseits "Vergabung des Nachlasses"). Es verbleibt danach nur noch das teleologische Kriterium, auf das sich die erste Kommission bezogen hat. Es ist somit zu fragen, ob bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen in der Sache eine Vergabung des Nachlasses vorliegt. Da dies - wie gezeigt - der Fall ist, ergibt eine teleologische Auslegung des § 1963, daß diese Vorschrift die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen nicht den lebzeitigen Schenkungen zuordnete.

Ob dies den Mitgliedern der ersten Kommission bewußt war, ist nicht sicher. Die Fassung der Bestimmung spricht eher dagegen. Wäre es ihnen klar gewesen, daß

¹ Hinz JuS 1965, 299, 303; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18; Harder S. 38, 39.

die widerrufliche Handschenkung nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht unter die "durch Veräußerung vollzogene Schenkung" des zweiten Halbsatzes fällt, so hätten sie wahrscheinlich einen klarstellenden Zusatz eingefügt, insbesondere da die widerrufliche Handschenkung auch nicht ohne weiteres unter den ersten Halbsatz der Norm subsumiert werden kann.¹ Dafür, daß den Mitgliedern der ersten Kommission dieser Tatbestand letztlich doch klar sein mußte, spricht allerdings, daß man aufgrund des von ihnen betonten teleologischen Kriteriums der "Vergabung des Nachlasses" gar nicht zu einer anderen Abgrenzung kommen kann. Sei dem wie es sei; auf diese genaue Vorstellung der Gesetzesverfasser kommt es nicht an. Eine Norm ist so auszulegen, daß der erkennbar vom Gesetzgeber gewollte Zweck, soweit es der mögliche Wortsinn noch erlaubt, verwirklicht wird und zweckwidrige Auslegungen vermieden werden.² Der vom Gesetzgeber in § 1963 Halbs. 2 erkennbar gewollte Zweck war es, nur die Schenkungen von Todes wegen von den erbrechtlichen Formen freizustellen, die sich nicht als Vergabung des Nachlasses darstellen. Dieser Zweck wird nur dann so weit als möglich erreicht, wenn die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen, die in der Sache Vergabung des Nachlasses ist, dieser Freistellung nicht unterfällt. Eine restriktive Auslegung, die unter "einer durch Veräußerung vollzogenen Schenkung" nur eine unwiderrufliche Handschenkung versteht, verstößt auch nicht gegen den möglichen Wortsinn. Sollten die Mitglieder der ersten Kommission, was nicht sicher ist, diese Konsequenz ihres Wertungskriteriums nicht klar erkannt haben, so ist dies unschädlich. Eine Auslegung, die von den Zwecksetzungen des historischen Gesetzgebers ausgeht und sie verwirklicht, kann das Gesetz besser ver-

¹ Dazu später noch genauer, vgl. S. 167 ff.

² Vgl. Larenz Methodenlehre S. 312; Engisch S. 82 f; Canaris S. 19 f.

stehen als der historische Gesetzgeber selbst.¹

Somit gingen die Mitglieder der zweiten Kommission von einer falschen Voraussetzung aus, als sie meinten, daß § 1963 des ersten Entwurfes die widerrufliche Handschenkung den lebzeitigen Schenkungen zuordnete. In Wirklichkeit ordnete § 1963 bei einer teleologischen Auslegung an, daß die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen den Verfügungen von Todes wegen zuzurechnen war. Diese falsche Auffassung der zweiten Kommission zieht aber keinerlei Konsequenzen nach sich. Die zweite Kommission hat nämlich die vorgefundene Regelung des § 1963 des ersten Entwurfes so belassen wie sie war. Sie hat sie gerade nicht abgeändert. Sie meinte zwar fälschlicherweise durch die Nichtabänderung eine Regelung bestehen zu lassen, nach der die widerrufliche Handschenkung lebzeitige Schenkung sei, und einen Antrag abzulehnen, der auf Änderung dieses Zustandes gerichtet sei, während sie in Wirklichkeit eine Regelung bestehen ließ, nach der die widerrufliche Handschenkung als Verfügung von Todes wegen zu behandeln war, und einen Antrag ablehnte, der in Wahrheit nur klarstellte, was nach § 1963 sowieso schon galt. Die Mitglieder der zweiten Kommission haben somit das Gegenteil von dem erreicht, was sie erreichen wollten. Dieser Umstand ist aber ohne Bedeutung. Das Unterlassen der Änderung einer Regelung vermag keine Auswirkungen auf diese Regelung zu äußern; es beläßt diese Regelung so wie sie ist. Auch ein Unterlassen aus falschen Motiven bleibt bloß ein solches Unterlassen. Die gesetzgeberischen Vorstellungen der zweiten Kommission sind nicht in die Fassung des Gesetzes eingeflossen. Das beruhte zwar auf einem Irrtum. Hätte die zweite Kommission sich nicht in diesem Irrtum befunden, so hätte sie vielleicht die gesetzgeberische Regelung der ersten Kommission geändert. Gegenstand der

1 Vgl. Larenz Methodenlehre S. 312; Schwab RdNr. 114.

Auslegung ist aber, was der Gesetzgeber getan hat, und nicht, was er vielleicht getan hätte. Übrig bleibt also nicht eine in irgendeiner Form in die gesetzliche Regelung inkorporierte verbindliche Anordnung der zweiten Kommission, sondern ausschließlich die fehlsame Ansicht der zweiten Kommission, daß widerrufliche Handschenkungen von Todes wegen nach der ihnen vorliegenden Regelung, die sie nicht änderten, lebzeitige Handschenkungen darstellten. Insoweit gilt aber auch hier wieder, daß eine teleologische Auslegung das Gesetz besser verstehen kann als der historische Gesetzgeber. Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß aus der Entstehungsgeschichte keine durchschlagenden Argumente dagegen geltend gemacht werden können, die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen nicht als lebzeitiges Rechtsgeschäft einzuordnen.

Schließlich kann gegen dieses Ergebnis auch nicht eingewandt werden, daß eine Anwendung erbrechtlicher Vorschriften auf die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen nicht in Betracht kommen könne, weil das BGB nur ein Damnationslegat und kein Vindikationslegat kenne.¹ Das BGB hat, um die Nachlaßgläubiger zu schützen, das Vermächtnis als schuldrechtlich wirkendes Damnationslegat und nicht als dinglich wirkendes Vindikationslegat ausgestaltet. Mit dem Erbfall geht also die Rechtsinhaberschaft an dem vermachten Gegenstand nicht automatisch auf den Vermächtnisnehmer über, sondern der Vermächtnisnehmer erwirbt nur gem. § 2174 einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Übertragung des Vermächtnisgegenstandes.² Liegt ein Erwerb aufgrund

1 Dieses Argument klingt an bei Harder S. 39 und Hinz JuS 1965, 299, 301, 302.

2 Vgl. Mugdan Bd. V Motive S. 70 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung und zu den gesetzgeberischen Wertungen, die in erster Linie eine Benachteiligung der

einer widerruflichen, aber nicht widerrufenen Handschenkung von Todes wegen vor, so erwirbt der Beschenkte niemals - auch nicht als "Durchgangsstadium" - einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben des Schenkers. Bei der durch das Vorversterben des Beschenkten auflösend bedingten Handschenkung erwirbt der Beschenkte den Schenkungsgegenstand schon mit der Vornahme der bedingten Verfügung. Überlebt der Beschenkte (endgültiger Nichteintritt der auflösenden Bedingung), so verbleibt ihm dieser Gegenstand endgültig. Bei der durch das Vorversterben des Schenkers aufschiebend bedingten Handschenkung tritt der dingliche Rechtserwerb des Beschenkten im Augenblick des Überlebens "ipso iure" ein. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß nicht im Zeitpunkt des Todes des Schenkers ein schuldrechtlicher Anspruch des Beschenkten gegen den Erben des Schenkers entsteht. Vielmehr kommt es schon durch das Verfügungsgeschäft zwischen dem Schenker und dem Beschenkten zur dinglichen Zuordnung des Schenkungsgegenstandes zum Vermögen des Beschenkten. Eines Übertragungsaktes durch den Erben des Schenkers bedarf es nicht. Dies sind in der Tat nicht die Wirkungen eines Damnationslegates, sondern die eines Vindikationslegates. Zu Anfang der Arbeit ist aber bereits dargelegt worden,¹ daß die Frage Damnationslegat oder Vindikationslegat im Vermächtnisrecht nicht auf der Voraussetzungsseite, sondern auf der Rechtsfolgenreihe anzusiedeln ist. Zu den Voraussetzungen einer Vermächtnisanordnung gehört nur, daß der Erblasser anordnet, daß dem Vermächtnisnehmer für den Fall, daß dieser ihn überlebt (§ 2160), ein einzelner

(Forts.)

Nachlaßgläubiger verhindern wollen, die eintreten könnte, wenn Haftungsobjekte mit dem Erbfall aus dem Nachlaß dinglich ausgesondert würden; vgl. im einzelnen Kipp-Coing § 53 und Lange-Kuchinke § 27.

¹ Vgl. S. 6 f.

Gegenstand (Gegensatz zur Erbeinsetzung) unentgeltlich zustehen soll, wobei diese Zuwendungsanordnung unter dem Vorbehalt steht, daß sie hinfällig wird, wenn der Erblasser unter Lebenden über den Gegenstand anderweitig verfügt (§ 2169 Abs. 1). § 2174 bestimmt als Vermächtniswirkung, daß, wenn eine solche Vermächtnisanordnung vorliegt - Tatbestandsvoraussetzung des § 2174 -, als Rechtsfolge ein obligatorischer Anspruch des Bedachten gegen den Erben begründet wird. Wie gezeigt, liegen bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen alle Merkmale eines Vermächtnisses vor, als da sind: Erwerb eines einzelnen Gegenstandes, Unentgeltlichkeit, Überlebensbedingung, Vorbehalt der anderweitigen Verfügung. Somit liegt in der Sache eine Vermächtnisanordnung vor. Die Parteien bedienen sich aber nicht der Rechtsfigur des Vermächtnisses, sondern machen unter Ausnutzung der im BGB grundsätzlich herrschenden Gestaltungsfreiheit diejenigen Momente, die kraft Gesetzes typisch erbrechtlich sind (Überlebensbedingung, Vorbehalt der anderweitigen Verfügung), rechtsgeschäftlich durch Vereinbarung einer Bedingung und eines Widerrufsvorbehaltes zu Bestandteilen der an und für sich lebzeitigen Rechtsfigur der Handschenkung.¹ Dadurch, daß die Parteien sich konstruktiv des Rechtsgeschäftstyps "Handschenkung unter Lebenden" bedienen, dem eine dingliche Verfügungswirkung immanent ist, wird nun die im Gesetz (§ 2174) für ein Vermächtnis vorgesehene Rechtsfolge (Begründung eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Erben) verhindert. Daß es den Parteien so gelingt, durch Ausnutzung ihrer Gestaltungsfreiheit für eine Regelung, die der Sache nach vermächtnisrechtlicher Natur ist, eine der Rechtsfolgen auszuschließen, die im Vermächtnisrecht gelten, vermag aber nicht zu begründen, daß auch im übrigen die vermächtnisrechtlichen Regeln nicht gelten sollen. Umgekehrt

¹ Vgl. dazu Boehmer Reichsgerichtspraxis III S. 293 ff.

wird ein Schuh daraus. Die Tatsache, daß die Parteien für eine essentiell vermächtnisrechtliche Anordnung durch eine besondere Ausgestaltung einer an und für sich lebzeitigen Rechtsfigur eine dem Vermächtnisrecht nicht entsprechende sofortige dingliche Zuordnung des Zuwendungsgegenstandes erreichen, läßt höchstens daran zweifeln, ob dieser sofortige dingliche Erwerb gegenüber den Nachlaßgläubigern und den Pflichtteilsberechtigten durchschlagen kann, aber doch nicht daran denken, daß die Parteien mit dieser Regelung dem Erbrecht "in toto" nicht mehr unterliegen, weil es ihnen gelungen ist, sich in einem einzelnen Punkt den erbrechtlichen Rechtsfolgen zu entziehen. Auch unter dem Gesichtspunkt des Unterschiedes zwischen Damnationislegat und Vindikationslegat läßt sich somit kein durchschlagendes Argument gegen die Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften auf die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen herleiten. Entgegen der h.M. ist somit bei Widerruflichkeit ein Vollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 ausgeschlossen.¹

1 Entgegen der hier vertretenen Ansicht wird ein Vollzug auch bei Widerruflichkeit bejaht von: Hinz JuS 1965, 299, 303; Wieacker S. 271, 279; Kegel S. 53, 54; Harder S. 38/39; Rötelmann NJW 1959, 662; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18; RGRK-Kegel § 2301 Anm. 12. Dafür, daß ein Widerrufsvorbehalt grundsätzlich nicht gegen einen Vollzug spricht: Erman-Hense § 2301 RdNr. 7. Im Prinzip ebenso, allerdings mit Einschränkungen für die hier noch nicht interessierenden Fälle der Einschaltung eines Mittlers: Lange-Kuchinke § 31 III 4 b; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2 b u. c; wohl auch Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 10 (allerdings in Widerspruch zu RdNr. 8, wobei RdNr. 8 wiederum in Widerspruch zu RdNr. 9 steht). In der Rechtsprechung haben sich dieser h.M. angeschlossen: OLG Hamburg NJW 1963, 449, 450; OLG Frankfurt MDR 1966, 503.

Wie hier dafür, daß eine bestehende Widerrufsmöglichkeit den Vollzug ausschließt: Kipp-Coing § 81 III 1 c. In der Sache ebenso: KG NJW 1971, 1808; KG WM 1969, 1047, 1048; wohl auch Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3 a, der allerdings fälschlicherweise mehrere der o.g. Stimmen der Gegenmeinung für seine Ansicht zitiert. Auch Brox verlangt wohl Unwiderruflichkeit für § 2301 Abs. 2 RdNr. 712, 713.

Die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen muß vielmehr wegen ihres erbrechtlichen Charakters den Verfügungen von Todes wegen zugerechnet werden. Mit der nur schuldrechtlich wirkenden, den Zuwendungsgegenstand im gegenwärtigen Vermögen des Schenkers dinglich nicht erfassenden Versprechensschenkung von Todes wegen knüpft § 2301 Abs. 1 an das für die Verfügungen von Todes wegen essentielle Merkmal der fortbestehenden Dispositionsfreiheit des Verfügenden an. Dies Merkmal ist auch bei der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen gegeben. Ob die erbrechtliche Zuordnung der widerruflichen Handschenkung von Todes wegen in bezug auf § 2301 Abs. 1 methodisch durch eine aus teleologischen Gründen extensive Auslegung dieser Vorschrift geschehen kann oder nur aus dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Rechtsgeanken folgt, soll hier dahingestellt bleiben.¹ Letztlich hängt dies davon ab, wo man methodisch die äußerste Grenze der Auslegung sieht.²

Der Regelungsgehalt des § 2301 Abs. 2 kann somit nunmehr endgültig wie folgt bestimmt werden:

Hat der Schenker eine Handschenkung unter der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten oder unter der aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Schenkers unwiderruflich vorgenommen, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

¹ Dazu später noch S. 167 ff

² Vgl. dazu Larenz Methodenlehre S. 350 ff.

3. Einordnung der an der Struktur der Verfügungen von Todes wegen orientierten Lösung in das vorgefundene Meinungsspektrum

- a) Grundsätzliche Abgrenzung gegenüber den Lösungsansätzen, die § 2301 Abs. 2 vom "vollzogenen Versprechen" her begreifen.

Demgegenüber haben viele fehlerhafte Betrachtungsweisen des § 2301 ihren Ursprung darin, daß sie § 2301 Abs. 2 primär als Heilungsvorschrift ansehen. Sie setzen den "Vollzug" des § 2301 Abs. 2 sofort in Bezug zu dem "Schenkungsversprechen" des § 2301 Abs. 1 und betrachten § 2301 Abs. 2 primär als eine Vorschrift über das "vollzogene Schenkungsversprechen", als eine Vorschrift, die etwas darüber aussagt, was der Schenker im Anschluß an ein formunwirksames Schenkungsversprechen "dinglich" tun muß, um diesen Formmangel zu heilen.¹ Von da ist dann der Weg zu § 518 Abs. 2 nicht weit.²

Durch diese Betrachtungsweise versperrt man sich den Blick dafür, daß § 2301 in Wahrheit in seinen beiden Absätzen von verschiedenen rechtsgeschäftlichen Tatbeständen ausgeht; § 2301 Abs. 1 von der Versprechensschenkung, § 2301 Abs. 2 von der Handschenkung. § 2301 Abs. 2 beschäftigt sich also zunächst einmal überhaupt nicht mit einem vollzogenen Versprechen. Daran läßt auch die erste Kommission, deren Vorstellungen - wie wir gesehen haben - für die Auslegung des § 2301 die entscheidenden sind, gar keinen Zweifel: "Ferner wird nicht von einer Schenkung gesprochen, welche während des Schwebens der Bedingung vollzogen ist. Die durch die Veräußerung voll-

1 Diese Betrachtungsweise finden wir z.B. bei: Palandt-Keidel § 2301 Anm. 2 und 3; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 9; Erman-Hense § 2301 RdNr. 6; Brox RdNr. 711; Kipp-Coing § 81 III.

2 Vgl. etwa Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III; Lange-Kuchinke § 31 II 1 b.

zogene Schenkung auf den Todesfall zerfällt nicht in zwei verschiedene Akte, die Schenkung und die Vollziehung, welche der Zeit nach auseinanderliegen können."¹

§ 2301 Abs. 2 geht von der in einem Akt vollzogenen Handschenkung aus und unterstellt diese - als eine unter der Überlebensbedingung stehende - dem Lebendenrecht,² im Gegensatz zu der unter dieser Bedingung stehenden Versprechensschenkung, die § 2301 Abs. 1 dem Erbrecht zuordnet.

Hat man dies einmal erkannt, so erscheinen immer wieder zu findende Aussagen von der Art, daß die Anwendung des § 2301 Abs. 2 nicht dadurch ausgeschlossen sei, daß die Leistung des zugewendeten Gegenstandes an die Überlebensbedingung geknüpft würde,³ oder der Art, daß die Schenkung auch i.S.d. § 2301 Abs. 2 vollzogen sei, wenn das Erfüllungsgeschäft unter der Überlebensbedingung vorgenommen würde,⁴ als befremdlich. Noch befremdlicher wird es, wenn für den Fall der aufschiebenden Bedingung die Anwendbarkeit des § 2301 Abs. 2 sogar verneint wird.⁵ Das ist deshalb so befremdlich, weil die Zuordnung der durch das Überleben des Beschenkten bedingten Handschenkung zum Lebendenrecht den unmittelbaren Regelungsgehalt des § 2301 Abs. 2 darstellt. Auch daran hat die erste Kommission nicht den geringsten Zweifel gelassen.⁶

Ausschließlich für Handschenkungen unter der Überlebensbedingung können sich unter dem Aspekt der Trennung von Lebendenrecht und Erbrecht Probleme ergeben. Fehlt bei

¹ Mugdan Bd. V Motive S. 186.

² Der Unterschied "unwiderruflich-widerruflich" kann hier bei der Herausarbeitung der grundsätzlichen Struktur des § 2301 unberücksichtigt bleiben.

³ So z.B. Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 19.

⁴ So z.B. Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 9; Lange-Kuchinke § 31 II 1 b; Kipp-Coing § 81 III 1 c.

⁵ So früher: Staudinger-Boehmer, 10. Aufl., § 27 vor § 1922; Palandt-Seubert, 6. Aufl., § 2301 Anm. 3 b vor c.

⁶ Vgl. Mugdan Bd. V Motive S. 186.

einer Handschenkung diese Überlebensbedingung, so kann sie gar nicht in den Regelungsbereich einer Vorschrift fallen, die - sei es konstitutiv, sei es deklaratorisch - diese Trennung vornimmt. Eine schenkweise erfolgende dingliche Zuwendung ohne Überlebensbedingung gehört von vornherein unzweifelhaft in den Bereich des Lebensrechts. Dazu bedurfte es keiner gesetzlichen Anordnung, und dazu ist auch keine gesetzliche Anordnung in § 2301 Abs. 2 erfolgt.¹

Die fehlsame Auslegung des § 2301 Abs. 2, die davon ausgeht, daß diese Bestimmung in erster Linie die unbedingte Übertragung des Schenkungsgegenstandes und dann erst "auch" die durch die Überlebensbedingung bedingte erfaßt, und die letzteres für einer besonderen Begründung bedürftig hält,² gründet sich auf die oben bezeichnete falsche Vorstellung von der Heilungsstruktur des § 2301 Abs. 2. Eine Heilungswirkung tritt natürlich zuerst einmal dann ein, wenn der Schenker alles tut, was er überhaupt nur tun kann, wenn er also zu seinen Lebzeiten dem Beschenkten den Schenkungsgegenstand unbedingt überträgt.

Der fehlerhafte Ansatz liegt in dieser Heilungsperspektive. Der erste Entwurf kannte - wie schon gezeigt - bei den normalen Schenkungen unter Lebenden überhaupt keine formunwirksame, in ihrem Formmangel aber geheilte Versprechensschenkung.³ Leistete der Schenker im Anschluß an eine formunwirksame Versprechensschenkung den eigentlichen Schenkungsgegenstand "causa donandi", so lag eine wirksame Handschenkung vor. Leistete er dagegen

1 Insoweit zutreffend: Harder S. 38; Brox RdNr. 712; Erman-Hense § 2301 RdNr. 6.

2 Paradigmatisch: Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 9. Abgeschwächt ebenso: Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 16 ff.

3 Motive Bd. II S. 295.

"causa solvendi", so konnte er den Gegenstand kondizieren.

Dementsprechend hat die erste Kommission dann auch bei den Schenkungen von Todes wegen festgehalten: "Erfolgt die Hingabe aufgrund des Versprechens "solvendi causa", so liegt eine vollzogene Schenkung i.S.d. §§ 441, 1963 nicht vor, vielmehr handelt es sich um die Erfüllung eines nichtigen Versprechens oder, wenn das Versprechen als Verfügung von Todes wegen gültig ist, um vorzeitige Erfüllung der Verfügung. Das Geleistete unterliegt der Rückforderung nach den Grundsätzen über Leistung einer Nichtschuld".¹ Aus dieser gesetzgeberischen Schicht, die überhaupt keine Heilungsvorschrift kannte, stammt der heutige § 2301.

Auch der zweite Entwurf schuf in der Sache keine Heilungsvorschrift, sondern eine Ausdehnung des Handschenkungsbegriffs auf die "causa solvendi"-Fälle. Der zweite Entwurf bestimmte in konstruktiv unglücklicher Form (§ 440 Abs. 2, § 518 Abs. 2 des heutigen Rechts) für die normalen Schenkungen unter Lebenden, daß eine formlos wirksame Handschenkung auch dann vorliegt, wenn der eigentliche Schenkungsgegenstand aufgrund eines formunwirksamen Versprechens "in animo solvendi" übertragen wird.

Diese Erweiterung des Handschenkungsbegriffs wollten die Mitglieder der zweiten Kommission auch auf die von ihnen in § 1963 Halbsatz 2 des ersten Entwurfes vorgesehene Handschenkung angewendet wissen. Die Verfasser des zweiten Entwurfes haben nämlich in den Protokollen zu § 2167 (dem heutigen § 2301) ausdrücklich ausgeführt, daß sie die Ansicht der ersten Kommission nicht als zutreffend erachteten, bei § 1963 im Falle eines vorangegangenen formunwirksamen Versprechens von Todes wegen

¹ Mugdan Bd. V Motive S. 186.

die Fälle der "animo donandi" und die Fälle der "animo solvendi" erfolgenden Zuwendungen verschieden zu behandeln.¹ Sie wollten also auch hier, wie bei der normalen Handschenkung unter Lebenden, die Kondiktionsmöglichkeit ausschließen, die nach dem ersten Entwurf für den Schenker bestand, der "in animo solvendi" eine formunwirksame Versprechensschenkung erfüllt hatte. Der zweite Entwurf sah somit die durch die Überlebensbedingung bedingte Handschenkung von Todes wegen immer als formlos wirksame Handschenkung unter Lebenden an; gleichgültig ob ihr keine Versprechensschenkung von Todes wegen vorangeht oder ob nach einer formunwirksamen Versprechensschenkung "animo donandi" oder "animo solvendi" geleistet wird. Nur diese Erweiterung um den "animo solvendi"-Fall, dagegen nicht die grundlegende Trennung zwischen § 2301 Abs. 1 und § 2301 Abs. 2 ist das Werk der zweiten Kommission und hat etwas mit § 518 Abs. 2 zu tun.²

Die grundlegende gesetzgeberische Entscheidung, die Handschenkung von Todes wegen im Gegensatz zur Versprechensschenkung von Todes wegen dem Lebendenrecht zuzuordnen, stammt ausschließlich von der ersten Kommission. Diese Entscheidung hat mit dem lebzeitigen Schenkungsrecht nichts zu tun. Sie ist aufgrund eines Wertungskriteriums erfolgt (Vergabung des Nachlasses), das bei den §§ 516 ff keine Rolle spielt. Die zweite Kommission hat dann in den Protokollen nur klargestellt, daß die im lebzeitigen Schenkungsrecht der §§ 516 ff von ihr aus Praktikabilitätsgründen vorgenommene Erweiterung des Handschenkungsbegriffs auch bei den Schenkungen von To-

1 Mugdan Bd. V. Protokolle S. 762.

2 Liegt vorher eine gem. § 2301 Abs. 1 formwirksame Versprechensschenkung vor, also ein Vermächtnis, so ist die vorzeitige Erfüllung eines Vermächtnisses gegeben. Die Kondiktionsmöglichkeit des Schenkers richtet sich dann nach §§ 812, 814.

des wegen gelten sollte.¹ Auch bei ihnen sollten die subtilen dogmatischen Unterschiede zwischen den "animo donandi"- und den "animo solvendi"-Fällen nicht zu verschiedenen Ergebnissen führen.

Den materiellen Regelungsgehalt des § 2301 (Versprechensschenkung von Todes wegen = Erbrecht; Handschenkung von Todes wegen = Lebendenrecht) hat die zweite Kommission in § 1963 des ersten Entwurfes vorgefunden und beibehalten. Da inzwischen aber aus Praktikabilitätsgründen der Handschenkungsbegriff erweitert worden war, hielten es die Mitglieder der zweiten Kommission für angebracht, diese Erweiterung (Ausdehnung auf die "animo solvendi"-Fälle) auch im Rahmen des § 2301 Abs. 2 zu berücksichtigen. Dies änderte aber nichts daran, daß die Handschenkung der Anknüpfungspunkt des § 2301 Abs. 2 blieb. Für diese Handschenkung von Todes wegen sollte es nur - ebenso wie für eine normale lebzeitige Handschenkung - gleichgültig sein, ob ihr gar keine oder eine formunwirksame Versprechensschenkung vorangeht. Wenn aber das Vorausgehen einer formunwirksamen Versprechensschenkung für § 2301 Abs. 2 irrelevant ist, dann können auch Struktur und Sinn und Zweck des § 2301 Abs. 2 nicht mit der Figur der "vollzogenen Versprechensschenkung auf den Todesfall" zutreffend erfaßt werden.

Daß § 2301 Abs. 2 sowohl dann eingreifen kann, wenn keine Versprechensschenkung von Todes wegen vorhergeht, als auch dann, wenn eine formunwirksame Versprechensschenkung von Todes wegen vorangeht, ist fast allgemein anerkannt.² Diese Erkenntnis wird aber durchweg in der

¹ Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

² So z.B.: RG WarnR 1913 Nr. 249; RG WarnR 1915 Nr. 142; RGRK-Kegel § 2301 RdNr. 11; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 16; Brox RdNr. 711.

methodisch verfehlten Art und Weise vermittelt, daß "auch" die isolierte Handschenkung unter § 2301 Abs. 2 falle.¹ Umgekehrt wird ein Schuh daraus. § 2301 Abs. 2 hat primär die isolierte Handschenkung von Todes wegen im Auge. Die erste Kommission, von der die Regelung des § 2301 stammt, kannte neben der Handschenkung ohne vorhergehendes Versprechen als wirksame Handschenkung nur die "animo donandi" im Anschluß an ein formunwirksames Versprechen erfolgende Übertragung des eigentlichen Schenkungsgegenstandes. Diese "animo donandi" erfolgende Übertragung ist aber in der Sache nichts anderes als eine isolierte Handschenkung. Erst und nur durch diese Übertragung werden die Schenkungsmerkmale verwirklicht; die Übertragung erfolgt in Kenntnis der Formunwirksamkeit der Versprechens, unter Absehung von diesem Versprechen. Das vorangegangene formnichtige Versprechen hat keinerlei rechtliche Bedeutung mehr. Die erste Kommission kannte somit in der Sache nur isolierte Handschenkungen als wirksame Handschenkungen; nur sie kamen somit zunächst als wirksame Handschenkungen von Todes wegen in Betracht. Erst durch die durch die zweite Kommission vorgenommene Erweiterung des Handschenkungsbegriffs um den "animo solvendi"-Fall gab es für die Schenkungen von Todes wegen eine wirksame Handschenkung von Todes wegen "in Vollzug" einer vorangegangenen formunwirksamen Versprechensschenkung von Todes wegen.

Soweit ersichtlich vertritt nur Harder² die Ansicht, daß die "animo solvendi" erfolgende Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung von Todes wegen nicht unter § 2301 Abs. 2 fällt und somit der Schenker gem. § 812 seine Zuwendung kondizieren kann. Harder setzt sich damit bewußt über die gesetzgeberische Ent-

1 Paradigmatisch Brox RdNr. 711.

2 Harder S. 112 ff, 117.

scheidung der zweiten Kommission hinweg, die sowohl für die normalen Schenkungen unter Lebenden¹ als auch für die Schenkungen von Todes wegen² eine unterschiedliche Behandlung der "animo donandi" und "animo solvendi"-Fälle abgelehnt hat. Diese Entscheidung ist auch durch die Erweiterung des Handschenkungsbegriffs im Gesetz inkorporiert worden. Auch das teleologische Kriterium des § 2301 (Vergabung des Nachlasses), das es trotz dieser Inkorporation ermöglichen könnte, den Handschenkungsbegriff bei den Schenkungen von Todes wegen anders auszulegen als bei den normalen lebzeitigen Schenkungen, spricht für eine Gleichstellung der "animo solvendi" und "animo donandi"-Fälle auch bei den Schenkungen von Todes wegen. Ist der dingliche Zuwendungsakt vorgenommen worden und somit die Einschränkung der Verfügungsfreiheit beim Schenker eingetreten, so geht es nicht mehr um eine "Vergabung des Nachlasses", wobei es gleichgültig ist, ob mit diesem Zuwendungsakt eine formunwirksame Versprechensschenkung erfüllt werden sollte oder nicht. Die Ansicht Harders ist somit de lege lata nicht zu halten.

Der Fall der "in animo solvendi" erfolgenden Erfüllung einer formunwirksamen Versprechensschenkung von Todes wegen stellt im übrigen nicht nur nach der gesetzlichen Regelung, sondern auch nach den zu regelnden Lebenssachverhalten nicht den Grundfall dar. Im Regelfall will der Schenker entweder dem Beschenkten für den Überlebensfall eine Forderung zuwenden (§ 2301 Abs. 1) oder durch eine bedingte Verfügung für diesen Überlebensfall den Erwerb des eigentlichen Schenkungsgegenstandes durch den Beschenkten sicherstellen.³ Normalerweise

1 Protokolle Bd. II S. 11.

2 Mugdan Bd. V Protokolle S. 762.

3 Fall der isolierten Handschenkung im Rahmen des § 2301 Abs. 2.

weise wird sich der Schenker für eine dieser Möglichkeiten entscheiden und dann auch bei seiner Wahl bleiben. Der "animo solvendi"-Fall kann nur dadurch zustande kommen, daß der Schenker dem Beschenkten zuerst nur eine durch die Überlebensbedingung bedingte Forderung verschafft, sich dann aber dazu entschließt, außerdem noch eine entsprechend bedingte Verfügung bezüglich des eigentlichen Schenkungsgegenstandes vorzunehmen. Zur Konstituierung des "animo solvendi"-Falles ist weiterhin erforderlich, daß die zuerst vorgenommene Versprechensschenkung gem. § 2301 Abs. 1 formunwirksam ist, und daß der Schenker bei der Vornahme der Verfügung der irrigen Ansicht ist, zu dieser Verfügung aufgrund des Versprechens verpflichtet zu sein.¹ Ist er dieser Ansicht nicht, handelt er also bei der Vornahme der Verfügung "freiwillig", so liegt eine normale Handschenkung "causa donandi" vor, die auf jeden Fall unter § 2301 Abs. 2 fällt.² Allein schon diese Sachverhaltsbeschreibung zeigt, daß diese Konstellation für die gesetzliche Regelung des § 2301 Abs. 2 sicherlich nicht kausal gewesen ist.

Die hier so betonten Unterschiede zwischen einer an der Handschenkung orientierten Betrachtungsweise und einer Betrachtungsweise, die vom "vollzogenen Versprechen" ausgeht, sind keineswegs nur theoretischer Natur. Sie

1 Handelt der Schenker "in Erfüllung" einer durch das Überleben des Beschenkten aufschiebend bedingten formunwirksamen Versprechensschenkung, so erfüllt er vorzeitig. Insoweit steht seiner Kondition aber § 814 entgegen, da er das "augenblickliche" Fehlen der Erfüllungspflicht kennt, das daraus folgt, daß die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Wir erörtern hier die andere Frage, ob der Schenker deswegen kondizieren kann, weil er in Unkenntnis der Formunwirksamkeit eine formunwirksame Forderung erfüllen will.

2 Zur "animo solvendi"-Konstellation vgl. den Beispielsfall bei Harder S. 116, der die Schwierigkeiten zeigt, zu dieser Konstellation überhaupt einen einigermaßen lebensnahen Fall zu finden.

wirken sich vielmehr praktisch aus. Die am vollzogenen Versprechen ausgerichtete Betrachtungsweise bedingt den Irrtum, daß es in § 2301 Abs. 2 ein mehr oder minder offenes - d.h. der Interpretation durch wie auch immer geartete andere Kriterien (Opfer etc.) zugängliches - selbständiges Tatbestandsmerkmal des "Vollzuges" gebe. Das führt dann zu so absurden Diskussionen wie der, ob eine aufschiebend bedingte Rechtsübertragung einen Vollzug i.S.d. § 2302 Abs. 2 darstelle. Zu solchen Diskussionen kann es bei einer an der Handschenkung orientierten Betrachtungsweise nicht kommen. Es gibt kein wie auch immer geartetes selbständiges, der Interpretation zugängliches Vollzugsmerkmal im Rahmen des § 2301 Abs. 2. § 2301 Abs. 2 enthält ausschließlich die eindeutige, keiner weiteren Interpretation bedürftige - sei es konstitutive, sei es deklaratorische - Regelung, daß unwiderrufliche Handschenkungen unter der Überlebensbedingung den Vorschriften über die lebzeitigen Schenkungen unterliegen. Als Ergebnis bedeutet dies, daß nicht mit Hilfe abstrahierender Theorien (subjektive Theorie, Opfertheorie, Anwartschaftstheorie) ein abstraktes Vollzugsmerkmal zu gewinnen ist, unter das dann mehrere konkrete Fallgestaltungen subsumiert werden können, sondern daß von vornherein nur zwei konkrete Fälle als vollzogene Schenkungen i.S.d. § 2301 Abs. 2 angesehen werden können, nämlich die unwiderrufliche Handschenkung unter der aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Schenkers und die unwiderrufliche Handschenkung unter der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten.

- b) Abgrenzung gegenüber den "Vollzugstheorien" im einzelnen

Sieht man von diesem grundlegenden Unterschied ab, so läßt sich die hier vertretene Ansicht wie folgt in das

Koordinatennetz der zu § 2301 Abs. 2 vertretenen Theorien einordnen.¹ Am einfachsten und am schärfsten läßt sie sich gegenüber der subjektiven Theorie abgrenzen, die zum Vollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 die Beendigung der Schenkungshandlung des Schenkers ausreichen läßt und entscheidend darauf abstellt, ob der Erwerb des Beschenkten so weit in Gang gebracht worden ist, daß er sich von selbst - ohne Mitwirkung des Schenkers und der Erben des Schenkers - vollenden kann. Diese Theorie faßt den Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 2 weiter als wir es tun. Der Schenker kann nämlich das seinerseits Erforderliche tun, ohne sich der Verfügungsfreiheit über den Schenkungsgegenstand unter Lebenden zu berauben. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Schenker sich das Recht vorbehält, die Schenkung nach seinem Belieben zu widerrufen. In diesen Fällen bejaht die subjektive Theorie den Vollzug, weil sie unrichtigerweise das zentrale Kriterium der Verfügungen von Todes wegen - das vom Verfügenden bewußt herbeigeführte Fortbestehen seiner lebzeitigen Verfügungsfreiheit - vernachlässigt.

Schwieriger ist die Abgrenzung zur Opfertheorie,² was primär darauf beruht, daß das Abgrenzungskriterium des Opfers, auch wenn man es als Rechtsopfer und nicht als Wirtschaftsopfer definiert, nicht recht subsumtionsfähig ist. Der Begriff des Vermögensopfers ist ein generalklauselartiger Begriff, der näherer Konkretisierung bedarf. So nimmt es auch nicht Wunder, daß vom Ausgangspunkt der Opfertheorie aus z.B. die Fälle der Widerruflichkeit ganz verschieden beurteilt werden. Vom Opferbegriff aus läßt sich nämlich sowohl argumentieren, daß

1 Bei dieser Einordnung wird nur auf die - bis jetzt ausschließlich behandelten - Zweipersonenkonstellationen ohne Einschaltung eines Mittlers abgestellt. Bei den Mittlerfällen (vgl. S. 171ff) läßt sich unsere Ansicht von den "Theorien" noch schärfer abgrenzen.

2 Vgl. S. 21 ff.

eine widerrufliche, aber nicht widerrufen Schenkung eine nicht vollzogene Schenkung sei, weil der Schenker das Opfer des Verlustes seiner Verfügungsfreiheit nicht erbracht habe,¹ als auch argumentieren, daß eine solche Schenkung eine vollzogene Schenkung darstelle,² weil - ex post betrachtet - schon der Erblasser, der nicht widerrufen habe, das Opfer erbracht habe.³ Mit der Interpretation eines Vollzugsbegriffes durch einen Opferbegriff ist also nichts gewonnen. Es wird nur ein abstraktes und auslegungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal durch einen anderen ebenso abstrakten und auslegungsbedürftigen Begriff ersetzt, der außerdem zu dem Mißverständnis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einlädt. Die hier vertretene Ansicht stimmt nur dann mit der Opfertheorie überein,⁴ wenn diese unter dem Opfer den unwiderruflichen Verlust der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Schenkers bezüglich des Schenkungsgegenstandes versteht.⁵ Versteht man indes dies unter dem Opfer, so kann man den § 2301 Abs. 2 gleich in diesem Sinne auslegen; das Dazwischenschalten des Opferbegriffes ist überflüssig und wegen der Gefahr von Mißverständnissen sogar schädlich.

Dasselbe gilt für das Dazwischenschalten des Anwartschaftsbegriffes.⁶ Die hier vertretene Ansicht stimmt mit der Anwartschaftstheorie überein,⁷ wenn man diese

1 So vom Boden der Opfertheorie aus: Kipp-Coing § 81 III 1 c.

2 So vom Boden der Opfertheorie aus: Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 18.

3 Dem Opferbegriff ist im Gegensatz zum Möglichkeitsbegriff keine "ex ante" Prognose immanent.

4 Diese Übereinstimmung bezieht sich nur auf die Zweipersonenkonstellation. Bei den Mittlerfällen kommt man mit dem Opferbegriff in noch größere Schwierigkeiten. Vgl. S. 193 ff.

5 So vom Boden der Opfertheorie aus: Kipp-Coing § 81 III 1 c

6 Vgl. S. 31 ff.

7 Auch bei dieser Aussage sind die Mittlerfälle nicht berücksichtigt. Auch die Anwartschaftstheorie hat mit den Mittlerfällen besondere Schwierigkeiten. Vg. S. 193 ff

dahingehend formuliert, daß zum Vollzug gem. § 2301 Abs. 2 mindestens ein dingliches Anwartschaftsrecht des Beschenkten am Schenkungsgegenstand zu Lebzeiten des Schenkers erforderlich sei. Nur dann ist nämlich der für die Verfügungen "inter vivos" charakteristische Verlust der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Verfügenden gegeben. Betrachtet man indes die Stellungnahmen der Vertreter der Anwartschaftstheorie genauer, so stellt sich zum einen heraus, daß sie häufig schon im Ansatzpunkt ziemlich vage von einem "rechtlich gesicherten Erwerbsrecht" oder Ähnlichem sprechen,¹ wo es doch präzise auf ein dingliches Anwartschaftsrecht am Schenkungsgegenstand ankäme, und zum anderen, daß sie dann tatsächlich auch in Fällen, in denen ein solches dingliches Anwartschaftsrecht des Beschenkten am Schenkungsgegenstand zu Lebzeiten des Schenkers noch nicht bestehen, den Vollzug bejahen.² Mit einer Anwartschaftstheorie in einer solchen Ausprägung stimmt die hier vertretene Ansicht nicht überein. Unsere Ansicht würde nur mit einer im obigen engen Sinne definierten Anwartschaftstheorie übereinstimmen. Dann bringt aber das Dazwischenschalten des Anwartschaftsbegriffs nichts. Es würde nur verdecken, daß wir unter § 2301 Abs. 2 nur zwei bestimmte konkrete Fallgestaltungen subsumieren, und könnte zu dem Mißverständnis führen, daß wir uns mit Ansichten identifizieren, die mit dem Begriff des Anwartschaftsrechtes operieren, aber einen Vollzug auch in Fällen bejahen, in denen ein dingliches Anwartschaftsrecht des Beschenkten am Schenkungsgegenstand zu Lebzeiten des Schenkers noch nicht besteht. Letztendlich ist auch noch das schon früher genannte Bedenken³ anzu-

1 Vgl. z.B. Erman-Hense § 2301 RdNr. 7.

2 Vgl. z.B. Erman-Hense § 2301 RdNr. 7 (am Ende) bezüglich widerruflicher Schenkungen; ebenso Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922 § 26 RdNr. 7.

3 Vgl. S. 34 ff.

führen, daß durch ein Abstellen auf das Anwartschaftsrecht des Beschenkten das Pferd am Schwanz aufgezügelt wird. Entscheidendes Wertungskriterium für die Unterscheidung zwischen § 2301 Abs. 1 (Erbrecht) und § 2301 Abs. 2 (Lebendenrecht) ist nämlich nicht die Schwäche der Position des Beschenkten, sondern die gewollt fortbestehende Dispositionsfreiheit des Zuwendenden, unter Lebenden über den Zuwendungsgegenstand noch anderweitig verfügen zu können. Die Schwäche der Position des Beschenkten ist bloß eine Reflexwirkung dieser fortbestehenden Dispositionsfreiheit des Zuwendenden.¹ Die Verwendung des Anwartschaftsbegriffes zur Unterscheidung von § 2301 Abs. 1 und § 2301 Abs. 2 verdunkelt nur das eigentliche Wertungskriterium dieser Unterscheidung.

4. § 2301 als deklaratorische Vorschrift

Nach dieser Abgrenzung einer an der Handschenkung orientierten Auslegung des § 2301 Abs. 2 von den zu § 2301 Abs. 2 vertretenen abstrakten Vollzugstheorien verbleibt noch die Frage nach dem konstitutiven oder deklaratorischen Charakter der Regelung des § 2301. Nach unserer Auslegung des § 2301 Abs. 2 verbleiben für § 2301 Abs. 1 durch das Überleben des Zuwendungsempfängers bedingte schenkweise Zuwendungen, bei denen die Verfügungsfreiheit des Zuwendenden bezüglich des Zuwendungsgegenstandes unter Lebenden bewußt nicht eingeschränkt wird. Auf diese Zuwendungen finden gem. § 2301 Abs. 1 die Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung. § 2301 Abs. 1 knüpft genau an die Merkmale an,

¹ Dies wird sich in den Mittlerfällen, in denen ein nicht auf dem Willen des Zuwendenden beruhender Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsfreiheit möglich ist, als bedeutsam erweisen. Vgl. dazu S. 173 ff, 182 ff.

die auch schon unabhängig von § 2301 eine Verfügung von Todes wegen charakterisieren, für sie essentiell sind.

- a. Der Verfügungserfolg tritt nur dann ein, wenn der Zuwendungsempfänger den Zuwendenden überlebt (erbrechtliche Überlebensbedingung, vgl. §§ 1923 Abs. 1 2108 Abs. 2, 2160) Es wird also eine Regelung für die Zeit nach dem Tode des Zuwendenden getroffen, die aber nur dann gelten soll, wenn der Zuwendungsempfänger zum Zeitpunkt dieses Todes noch lebt.¹
- b. Diese Regelung erfaßt nur den Nachlaß, d.h. das Vermögen, das im Augenblick des Todes des Zuwendenden noch da ist. Durch diese Regelung wird der Zuwendende somit nicht daran gehindert, unter Lebenden über sein Vermögen noch anderweitig zu verfügen (vgl. §§ 2169 I, 2286).²

§ 2301 Abs. 1 ordnet nun die Anwendung der Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen für den Fall an, daß diese beiden kraft Gesetzes für einen erbrechtlichen Erwerb essentiellen Merkmale rechtsgeschäftlich zum Inhalt einer Schenkung gemacht werden,³ die als Rechtsgeschäftstyp zu den lebzeitigen Rechtsgeschäften gehört.

- c. Diese Anordnung beruht darauf, daß unter den lebzeitigen Rechtsgeschäften die Schenkung der Rechtsgeschäftstyp der unentgeltlichen Vermögenszuwendung ist und auch der Erwerb von Todes wegen streng genommen immer ein unentgeltlicher Erwerb ist.

Für den Fall, daß der Erblasser nichts angeordnet hat, also ausschließlich die Normen der subsidiären gesetzlichen Erbfolge zur Anwendung kommen, braucht

¹ Vgl. dazu insbesondere Kegel S. 36, 40.

² Vgl. dazu insbesondere Kegel S. 39, 40.

³ Vgl. dazu insbesondere Boehmer Reichsgerichtspraxis III S. 293, 294.

dies nicht weiter begründet zu werden. Gesetzliche Erben und Vermächtnisnehmer kraft Gesetzes (z.B. gem. § 1969) brauchen für die ihnen zukommenden Nachlaßgegenstände kein Entgelt zu entrichten. Sie erwerben nicht eines Entgelts wegen, sondern von Todes wegen.

An der Struktur dieses Erwerbs ändert sich nichts, wenn er nicht aufgrund gesetzlicher Erbfolge, sondern aufgrund gewillkürter Erbfolge eintritt. Auch die "gewillkürten" Erben und Vermächtnisnehmer erwerben ausschließ-lich "mortis causa". In beiden Fällen (gesetzliche Erbfolge und gewillkürte Erbfolge) findet dieser Erwerb statt, weil der Erwerber zum Rechtsnachfolger (Erbe = Gesamtrechtsnachfolger; Vermächtnisnehmer = Einzelrechtsnachfolger) - sei es vom Gesetz, sei es vom Erblasser - für den Fall des Todes des Erblassers bestimmt worden ist; der Erwerb erfolgt nicht eines Entgelts wegen.

Für einen Erwerb aufgrund einer testamentarischen Anordnung wird dies auch allgemein anerkannt. Selbst wenn einen testamentarischen Erben oder Vermächtnisnehmer aufgrund einer Beschwerung durch eine Auflage oder durch ein Vermächtnis Leistungspflichten treffen, so sind diese Leistungen doch kein Entgelt, das sie für ihren Erwerb von Todes wegen entrichten müssen. Sie erwerben nicht, weil sie diese Leistungen erbringen. Sie müssen vielmehr diese Leistungen erbringen, weil sie von Todes wegen erwerben.

Für den Erbvertrag ist dies nicht so klar. Für den Erbvertrag wird vielfach formuliert, daß er entgeltlicher Natur sein könne.¹ Wenn man dies so formulieren will,

¹ So: BGHZ 36, 65, 70; Lange-Kuchinke § 37 VII 1; Brox RdNr. 154. Von anderen Autoren wird richtig gesehen, daß der Erwerb aufgrund einer vertragsmäßigen Verfügung in einem Erbvertrag streng genommen immer unentgeltlicher Natur ist: Staudinger-Dittmann Vorb. zu § 2274 RdNr. 10; Planck-Greifff Vorb. 2 zu § 2274.

dann muß man sich darüber im klaren sein, daß dies eine andere Entgeltlichkeit als die bei einem lebzeitigen entgeltlichen Erwerb ist. Der Erbvertrag ist insoweit, als in ihm vertragsmäßige Verfügungen (Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen; § 2278) getroffen werden, Verfügung von Todes wegen. Der Erblasser bestimmt insoweit, genau wie bei einem Testament, über sein Vermögen im Augenblick seines Todes. Er wendet insoweit, genau wie beim Testament, "mortis causa" zu. Der Unterschied zum Testament liegt auf einer anderen Ebene, nämlich beim Ausschluß der freien Widerruflichkeit dieser vertragsmäßigen erbvertraglichen Anordnungen (§ 2289). Eine vertragsmäßige Zuwendung kann erfolgen, ohne daß eine Verpflichtung des Bedachten begründet wird. Diese Zuwendung ändert ihren Charakter nicht dadurch, daß derjenige, dem in dem Erbvertrag vertragsmäßig etwas zugewandt wird, eine Verpflichtung übernimmt (z.B. den Erblasser zu Lebzeiten zu unterhalten). Die Zuwendung des Erblassers erfolgt auch hier "mortis causa".¹ Wer in einem solchen "entgeltlichen" Erbvertrag von Todes wegen verfügt, will genauso wie derjenige, der dies in einem Testament oder einem "unentgeltlichen" Erbvertrag tut, die Rechtsnachfolge für sein Vermögen im Augenblick seines Todes regeln. Mag er auch die Bindungswirkung gegenüber einem bestimmten Vertragspartner im Hinblick auf eine "Gegenleistung" eingehen, so ist diese "Gegenleistung" doch nicht die causa seiner Zuwendung von Todes wegen. Er regelt die Rechtsnachfolge als solche nicht um einer "Gegenleistung" willen, sondern weil er einmal sterben wird. Vom Erblasser her gesehen stellt eine erbvertragliche vertragsmäßige Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung quasi eine Kombination aus "testamentarischer Anordnung" und "Widerrufsverzicht" dar.² Trifft er eine vertragsmäßige Anordnung in

1 Vgl. Kipp-Coing § 36 IV 1.

2 Vgl. dazu Boehmer Festschrift S. 261, 269 m.w.N. Es geht hier um die gedankliche Trennung der Wirkungen des Erbvertrags, nicht um eine dogmengeschichtliche Aussage. Zur Dogmengeschichte vgl. Battes S. 28 ff.

einem "entgeltlichen" Erbvertrag, so erhält er das Entgelt sozusagen nicht für die "testamentarische Anordnung", sondern für den "Widerrufsverzicht". Der Erwerb des Vertragspartners erfolgt aufgrund der in dem Erbvertrag enthaltenen "testamentarischen Anordnung". Dementsprechend erwirbt der Vertragspartner nicht eines Entgelts wegen, sondern von Todes wegen.

Ein entgeltlicher Vertrag unter Lebenden wird nicht zu einer erbvertraglichen Regelung, wenn bei ihm die beiden zuerst genannten essentiell erbrechtlichen Merkmale - Überlebensbedingung, Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsfreiheit - gegeben sind. So ist z.B. ein Kaufvertrag, bei dem die Erfüllung auf die Zeit nach dem Tode des Verkäufers aufgeschoben und der außerdem unter die Bedingung des Überlebens des Käufers gestellt wird, immer noch ein Kaufvertrag und kein Erbvertrag.¹ Causa des Leistungsversprechens des Verkäufers bleibt das Leistungsversprechen des Käufers, während eine erbvertragliche Zuwendung "mortis causa" erfolgt. Es gibt somit "Kaufverträge von Todes wegen", "Mietverträge von Todes wegen" etc.,² die alle ihren normalen Charakter als lebzeitige Rechtsgeschäfte nicht dadurch verlieren, daß sie unter die Überlebensbedingung gestellt sind. Der Todeszeitpunkt ist hier nur ein Datum des Wirkungsbeginns der in ihrem lebzeitigen Charakter nicht betroffenen rechtsgeschäftlichen Regelung.³ Der dogmatische Unterschied zum Erbvertrag liegt auf der Hand. Bei den lebzeitigen entgeltlichen Rechtsgeschäften "von Todes wegen" erfolgt die rechtsgeschäftliche Regelung um des Entgeltversprechens willen.⁴ Durch den

1 RG SeuffA 79 Nr. 13; Kipp-Coing § 36 IV 1; Harder S. 46.

2 Vgl. dazu Kegel S. 38.

3 Vgl. Flume AT § 11 Z. 6 d.

4 Dies gilt nicht nur für den Normalfall des entgeltlichen Rechtsgeschäfts unter Lebenden, den der syn-

Tod des einen Vertragspartners und das Überleben des anderen Vertragspartners wird nur der Wirkungsbeginn dieser Rechtsgeschäfte festgelegt. Im Augenblick des Todes geht es nicht um die Durchführung einer Rechtsnachfolgeanordnung "mortis causa"; eine Anwendung erbrechtlicher Normen ist nicht geboten.

Bei den Erbverträgen erfolgt dagegen die rechtsgeschäftliche Regelung zum Zwecke der Rechtsnachfolgeregelung für den Fall des Todes des einen Vertragspartners. Die Leistungsverpflichtung der anderen Partei, soweit eine solche überhaupt vereinbart ist, ist nicht die causa für die Zuwendung von Todes wegen.

In Anbetracht dieser Unterschiede bedurfte es keiner, auch keiner klarstellenden Norm im BGB, um das Verhältnis zwischen den lebzeitigen entgeltlichen Rechtsgeschäften "von Todes wegen" und den Erbverträgen zu bestimmen. Ist ein Leistungsversprechen, die causa, für die in Frage stehende Zuwendung, so handelt es sich um

(Forts.)

allagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Es gilt auch für die sehr viel seltener vorkommenden Fälle der konditionalen Verknüpfung (die Leistung wird an die Bedingung der Gegenleistung geknüpft) und der kausalen Verknüpfung (die Gegenleistung ist besonders vereinbarter Rechtszweck der Leistung). Auch diese Fälle setzen eine finale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung voraus. Auch bei ihnen wird mit der Leistung die Gegenleistung erstrebt. Der Unterschied zur synallagmatischen Verknüpfung besteht nur darin, daß bei ihnen im Gegensatz zu dieser kein Anspruch auf die Gegenleistung besteht (vgl. dazu Heckelmann S. 81-85). Die in einem Erbvertrag erfolgende vertragsmäßige Zuwendung von Todes wegen weist aber als solche keine finale Beziehung zur Gegenleistung auf. Die finale Beziehung besteht zwischen dem "Widerrufsverzicht" und der Gegenleistung. Dies zeigt auch § 2295. Wird die Leistungsverpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben, so entfällt der innere Grund für den Widerrufsverzicht, so daß der Erblasser seine vertragsmäßige Verfügung wieder rückgängig machen kann. Die Zuwendung von Todes wegen als solche erfolgt dagegen um der Rechtsnachfolgeregelung im Zeitpunkt des Todes des Zuwendenden willen. Der Erwerb aufgrund dieser Zuwendung ist somit kein entgeltlicher im Sinne der entgeltlichen Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

ein lebzeitiges Rechtsgeschäft; ist die Rechtsnachfolge nach dem Tode des Zuwendenden die causa, so liegt ein Erbvertrag vor. Die Nichtanwendbarkeit bzw. Anwendbarkeit erbrechtlicher Normen ist unproblematisch.

Treffen somit die erbrechtlichen Komponenten der Überlebensbedingung und der fortbestehenden lebzeitigen Verfügungsfreiheit mit dem Merkmal der Entgeltlichkeit zusammen, so wie es im Recht der entgeltlichen lebzeitigen Rechtsgeschäfte ausgeprägt ist, so vermag es dieses Entgeltlichkeitsmerkmal, der Gesamtregelung den Charakter eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts zu geben,¹ weil den Verfügungen von Todes wegen als Rechtsnachfolgeregelungen eine Entgeltlichkeit in diesem Sinne fremd ist.

- d) Anders ist es dagegen, wenn diese beiden erbrechtlichen Komponenten mit dem Unentgeltlichkeitsmerkmal zusammentreffen, das ebenfalls für die erbrechtliche Rechtsnachfolge typisch ist. Hier gibt es dann nämlich überhaupt kein Merkmal mehr, das einem solchen Rechtsgeschäft den Charakter eines lebzeitigen Rechtsgeschäftes geben könnte.

Vermacht der A dem B testamentarisch einen Gegenstand, so zeichnet dieses Rechtsgeschäft sich dadurch aus, daß B den Gegenstand unentgeltlich erwirbt, wenn er den A überlebt und wenn A zu seinen Lebzeiten über den Gegenstand nicht anderweitig verfügt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so erwirbt B im Augenblick des Todes des A einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben des A auf Übertragung des Gegenstandes. Verspricht der

¹ Dazu, daß in diesen Fällen Erbrecht nicht anzuwenden ist, vgl.: BGH WM 1971, 1338; Kegel S. 38; Harder S. 47; Brox RdNr. 744; Flume AT § 11 Z 6 d; Reuter JuS 1972, 157. A.A. Kipp-Coing § 81 VI, der undifferenziert Erbvertragsrecht anwenden will.

A dem B schenkweise einen Gegenstand unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des B, ohne zu seinen Lebzeiten den Erwerb des B dinglich sicherzustellen, so erwirbt der B, wenn er den A überlebt (sonst kein Bedingungseintritt) und A nicht zu Lebzeiten anderweitig verfügt hat (sonst ist den Erben die Erfüllung unmöglich; "impossibilium nulla obligatio est"), ebenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben des A auf Übertragung des Gegenstandes im Augenblick des Todes des A, ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein. In der Sache besteht zwischen diesen beiden Sachverhalten - Vermächtnissachverhalt und Schenkungssachverhalt - kein Unterschied. Sie stimmen in allen juristisch wesentlichen Merkmalen überein. In beiden Fällen erschöpft sich das Handeln des Zuwendenden darin, daß er dafür sorgt, daß nach seinem Tode dem Zuwendungsempfänger eine Forderung gegen seinen Erben zusteht.¹ Der Erwerb des Zuwendungsempfängers ist in beiden Fällen unentgeltlich. Ebenso gilt für beide Fälle, daß nur der Zuwendungsempfänger im Überlebensfall - nicht sein Erbe im Nichtüberlebensfall - diese Forderung gegen den Erben des Zuwendenden erwirbt. Ferner erfolgt dieser Erwerb in beiden Fällen nur, wenn der Zuwendende zu seinen Lebzeiten über den Zuwendungsgegenstand nicht anderweitig verfügt.

Schon prima vista drängt sich die Vermutung auf, daß gegenüber dieser Übereinstimmung in der Sache der Unterschied in den gewählten rechtsgeschäftlichen Akstypen - einmal Verfügung von Todes wegen, das andere Mal Versprechensschenkung unter Lebenden - nicht ins Gewicht fallen kann. Es handelt sich in beiden Fällen um unentgeltliche Einzelrechtsnachfolgeregelungen für den Fall des Todes des Zuwendenden bei Überleben des Zuwendungsempfängers. Beide Regelungen wirken sich erst

¹ Vgl. dazu Kegel S. 39.

für den Nachlaß des Zuwendenden aus. Dieser sich aus der Sache, aus dem Regelungszweck ergebende übereinstimmende Charakter beider Rechtsgeschäfte wird nicht davon berührt, daß das eine Rechtsgeschäft im äußeren Gewande einer Verfügung von Todes wegen und das andere Rechtsgeschäft im Kleide einer Schenkung unter Lebenden auftritt. Die "verba" sind verschieden, die "sententia" ist dieselbe.

Der Unterschied zwischen beiden Sachverhalten besteht nur darin, daß sich im Vermächtnisfall "verba" und "sententia" decken, während im Schenkungssachverhalt die "verba" die "sententia" verdecken.

- e) Daß bei einer solchen Konstellation nicht nur auf den Konvergenzfall (hier der Vermächtnisfall), sondern auch auf den Divergenzfall (hier der Schenkungsfall) ausschließlich die Rechtsnormen anzuwenden sind, die der Gesetzgeber für das Rechtsgeschäft vorgesehen hat, bei dem sich "verba" und "sententia" entsprechen, kann sich aus dem allgemeinen methodischen Grundsatz der Spezialität ergeben.¹ Auf die hier vorliegende Konstellation bezogen bedeutet dies folgendes.

Der Gesetzgeber hat aus verschiedenen Gründen - in erster Linie, um Zweifel an der Authentizität letztwilliger Anordnungen zu verhindern² - für die Verfügungen von Todes wegen bestimmte Formvorschriften aufgestellt (§§ 2231 ff, 2247 ff, 2276). Bei der Entscheidung für diesen Formzwang handelt es sich um eine gesetzgeberische "Grundentscheidung" für das Gebiet des Erbrechts.³ Eine den Formvorschriften nicht entsprechende Kundgabe

¹ Vgl. zur Spezialität allgemein: Larenz Methodenlehre S. 206 ff; Lehmann-Hübner AT § 8 IV 3; Enneccerus-Nipperdey AT § 60; Dietz Anspruchskonkurrenz S. 31 ff; F. Müller S. 252 f.

² Vgl. S. 107 f.

³ Kipp-Coing § 19 III.

des letzten Willens ist unwirksam. Der letzte Wille - mag er auch noch so sicher feststellbar und beweisbar sein - ist unbeachtlich, soweit er sich nicht in den vom Gesetzgeber für die letztwilligen Verfügungen bestimmten Formen äußert. Die Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen beanspruchen unbedingte Geltung. Eine letztwillige Verfügung, die der vorgeschriebenen Form ermangelt, verfällt unheilbar der Nichtigkeit, mag sie auch noch so zweckmäßig und vernünftig sein. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern dies. Würde man nämlich anders entscheiden, also im Einzelfall versuchen, einem vernünftigen und auch beweisbaren, aber nicht formgerecht geäußerten letzten Willen zur Wirksamkeit zu verhelfen, so würde dies unausweichlich die Konsequenz haben, daß Unsicherheit und Verwirrung darüber entstehen, in welchen Formen wirksam testiert werden kann.¹ In Anbetracht der immensen Bedeutung, die letztwillige Verfügungen für die Verfügenden und die von der Verfügung Betroffenen haben können, kann eine solche Rechtsunsicherheit nicht hingenommen werden. Um der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit willen kommt es somit nicht darauf an, ob die Zwecke, die den Gesetzgeber zu den erbrechtlichen Formvorschriften veranlaßt haben, im Einzelfall auch ohne Einhaltung dieser Formen erreicht worden sind.² Insoweit gelten vielmehr die klassischen Worte Iherings:³ "Der Gesetzgeber hat nun einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zwecks nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen, sondern er hat die Sache selbst in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung des Zwecks zum ausschließlichen und notwen-

1 "Tribsandgefahr" Heck ACP 112 S. 191.

2 Vgl. KG JFG 14, 280, 284.

3 Ihering S. 475.

digen erhoben".¹

Die Schenkungen unter Lebenden haben zunächst mit den Verfügungen von Todes wegen nichts zu tun. Diese Schenkungen unter Lebenden können aber durch Hinzufügung der Überlebensbedingung und durch den Vorbehalt der lebzeitigen Dispositionsfreiheit des Schenkers so ausgestaltet werden, daß sie in ihren Wirkungen den Verfügungen von Todes wegen gleichstehen. Geht man somit nicht von der äußeren Einkleidung, nicht von der von den Parteien gewählten Bezeichnung, sondern von Struktur und Wirkung aus, so fallen aus der Gesamtmenge der Schenkungen unter Lebenden diese so ausgestalteten Schenkungen heraus. Der Anwendungsbereich dieser Schenkungen überschneidet sich mit dem Anwendungsbereich der Verfügungen von Todes wegen. Da die Verfügungen von Todes wegen speziell für diesen Anwendungsbereich, den der Regelung der Rechtsnachfolge für den Fall des Todes, geschaffen worden sind, stellen die Verfügungen von Todes wegen in diesem Bereich gegenüber den Schenkungen unter Lebenden die speziellere Regelung dar. Die Verfügungen von Todes wegen sind die von der Rechtsordnung für diesen Regelungsbereich vorgesehenen rechtsgeschäftlichen Aktstypen. Die Schenkungen unter Lebenden sind nicht für diesen Zweck geschaffen. Werden sie atypischerweise für

¹ Zur erbrechtlichen Formstrenge vgl. insbesondere noch: Kipp-Coing § 19; Boehmer, Grundlagen S. 79 ff; E. von Hippel S. 30 f, 150 f; Heck ACP 112 (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz) S. 184 f; v. Lübtow JR 1951, 94; Krause FamRZ 1955, 161, 162, 163. Aus der Judikatur vgl. etwa: RGZ 7, 292, 294; BGHZ 47, 68, 70, 71; BGH WM 1976, 744, 745. Die Rechtsprechung des BGH's zum "Hoferbenrecht", die in der Sache formlose Verfügungen von Todes wegen zuläßt (BGHZ 12, 286 f; BGHZ 23, 249 f), hat absoluten Ausnahmecharakter. Selbst wenn sie zutreffend sein sollte (zum ablehnenden Schrifttum vgl. Kipp-Coing § 19 III m.w.N.), so ist sie keiner weiteren Ausdehnung fähig. Auch der BGH hat bisher noch keinerlei Anstalten gemacht, diese Rechtsprechung auf andere Bereiche auszudehnen.

diesen Zweck gebraucht, so verbergen die "verba" (Schenkung unter Lebenden) geradezu die "sententia" (Rechtsnachfolgeregelung für den Todesfall).

Eine Verdrängung eines Normenkomplexes durch einen anderen Normenkomplex kann indes aus dem Gesichtspunkt der Spezialität erst dann endgültig bejaht werden, wenn aus Sinn und Zweck der spezielleren Normen folgt, daß sie für ihren Bereich ausschließlich gelten sollen.¹

Da aber die Einhaltung der für die Verfügungen von Todes wegen bestimmten Formen vom Gesetzgeber zum notwendigen und ausschließlichen Weg zur Erreichung der mit diesem Weg verfolgten Zwecke erhoben worden ist, ist auch diese entscheidende Voraussetzung der Spezialität gegeben. Die vom Gesetzgeber insoweit vorgeschriebenen Formalisierungen sind exklusiv.² Wenn es nicht genügt, daß die mit diesen Formalisierungen verfolgten Zwecke auf andere Art und Weise erreicht werden, dann kann es auch nicht ausreichen, wenn diese Zwecke in den Formen des Schenkungsrechts realisiert werden.³ Warum sollten

1 Vgl. Larenz Methodenlehre S. 206 ff; Enneccerus-Nipperdey AT § 60.

2 Gegen diese Aussage kann hier im Bereich der unmittelbaren Zuwendungen von Todes wegen auf keinen Fall mit § 331 argumentiert werden. Selbst wenn § 331 beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall im Valutaverhältnis eine formlose Zuwendung von Todes wegen zulassen sollte, so kann dies keine Auswirkungen auf Zuwendungen haben, bei denen kein Dritter eingeschaltet wird. Unmittelbare Zuwendungen von Todes wegen, die nicht an die erbrechtlichen Formalisierungen gebunden sind, kennt das BGB nicht. Es kennt nur möglicherweise in § 331 eine formlose mittelbare Zuwendung von Todes wegen. Dem braucht hier aber nicht weiter nachgegangen zu werden, da eine analoge Anwendung der möglicherweise bei den mittelbaren Zuwendungen bestehenden Wertung auf die unmittelbaren Zuwendungen nicht in Betracht kommen kann, weil dies zu einer generellen Zulässigkeit formloser Zuwendungen von Todes wegen führen würde.

3 Diese Aussage ergibt allerdings nur dann einen Sinn, wenn die Formen des Erbrechts andere sind als die des Schenkungsrechts. Dazu, daß dies für den ersten Entwurf uneingeschränkt galt, heute indes so nicht mehr gilt, vgl. die anschließenden Ausführungen unter 5.

schenkungsrechtliche Formen, die der Gesetzgeber nicht zur Regelung erbrechtlicher Verhältnisse geschaffen hat, anders behandelt werden als beliebige andere Formen, die der Gesetzgeber überhaupt nicht vorgesehen hat, die aber die Erreichung der mit den erbrechtlichen Formvorschriften verfolgten Zwecke gewährleisten würden. Entweder will der Gesetzgeber nur die Erreichung bestimmter Zwecke gewährleisten, dann sind die Parteien in der Wahl der Formen frei, die diese Zwecke verwirklichen, oder der Gesetzgeber schreibt im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zur Erreichung bestimmter Zwecke einen bestimmten Weg vor, dann sind die Parteien an diesen Weg gebunden; und zwar auch dann, wenn auch andere Wege zur Verwirklichung dieser Zwecke führen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob ein anderer Weg vom Gesetzgeber überhaupt nicht oder an einer anderen Stelle des Gesetzes zur Verwirklichung anderer Zwecke benutzt worden ist. In beiden Fällen handelt es sich um einen Weg, den der Gesetzgeber hier nicht gewählt hat.

Die erbrechtlichen Vorschriften verdrängen somit aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Spezialität heraus die schenkungsrechtlichen Vorschriften in den "Schenkungsfällen", die der Sache nach "Verfügungen von Todes wegen" darstellen; und zwar unabhängig davon, ob die Einhaltung schenkungsrechtlicher Vorschriften die hinter den erbrechtlichen Vorschriften stehenden Zwecke verwirklicht oder nicht verwirklicht. § 2301 ist somit dogmatisch gesehen überflüssig. Die Bestimmung hat ausschließlich deklaratorischen Charakter. § 2301 enthält die deklaratorische Aussage, daß Verfügungen von Todes wegen, die in das Gewand einer Schenkung unter Lebenden gekleidet sind, nichtsdestoweniger als Verfügungen von Todes wegen zu behandeln sind. Das Erbrecht soll nicht durch die Verwendung des Schenkungsrechts umgangen werden können. Dies würde auch ohne § 2301

gelten. § 2301 beseitigt nur jedweden Zweifel an einem solchen Umgehungsverbot.

Diese Betrachtungsweise steht in striktem Gegensatz zu der Konzeption Harders, der in § 2301 Abs. 1 eine de lege ferenda mißglückte gesetzliche Konversion einer lebzeitigen Versprechensschenkung in eine Verfügung von Todes wegen sieht.¹ Harder meint für den Bereich des § 2301 Abs. 1, daß die dort angeordnete Anwendung erbrechtlicher Regeln verfehlt sei, weil ohne § 2301 Abs. 1 durch eine Versprechensschenkung auf den Todesfall ein bedingter Anspruch entstehen würde, der nach Maßgabe des § 160 durch einen Schadensersatzanspruch rechtlich geschützt würde. Daß ein solcher Schadensersatzanspruch im Falle einer anderweitigen lebzeitigen Verfügung des Schenkers erst gegen die Erben des Schenkers gerichtet sei, sei belanglos. Ein solches Versprechen weise eine andere Struktur auf als eine Verfügung von Todes wegen, bei der es solche Ansprüche nicht geben könne.² Dem ist nicht zuzustimmen. Eine Versprechensschenkung von Todes wegen verwirklicht die essentiellen Merkmale eines Vermächtnisses (unentgeltliche Einzelzuwendung unter der Überlebensbedingung bei Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsmacht des Zuwendenden). Es handelt sich um eine intendierte Nachlaßregelung, für die die erbrechtlichen Formen exklusiv gelten. Für den Fall, daß der Schenker lebzeitig nicht anderweitig verfügt, die intendierte Nachlaßregelung also objektiv zum Tragen kommt, müssen die erbrechtlichen Formen gelten. Dieser "Verwirklichungsfall" der Versprechensschenkung von Todes wegen erfordert die Anwendung der erbrechtlichen Normen. Unterschiedliche Rechtsfolgen im "Nichtverwirklichungsfall" - im Fall einer anderweitigen lebzeitigen Verfügung des Schenkers - vermögen daran nichts zu ändern.

1 Harder S. 95 ff u. S. 117 ff u. ders. in: Grundzüge des Erbrechts, S. 91

2 Harder S. 95

5. Der tatbestandliche Anwendungsbereich des § 2301
Abs. 1 als einer deklaratorischen Umgehungsver-
botsnorm

Nach der Klärung der dogmatischen Bedeutung des § 2301 Abs. 1 wollen wir uns nun dem tatbestandlichen Anwendungsbereich dieser Norm näher zuwenden. Dabei ist wiederum von § 1963 des ersten Entwurfes auszugehen, der die entscheidende Grundlage für die Auslegung des heutigen § 2301 darstellt. Da § 1963 - im Wege einer deklaratorischen Klarstellung - verhindern sollte, daß eine Regelung, die materiell eine Verfügung von Todes wegen war, formal sich aber als Schenkung unter Lebenden darstellte, als Schenkung unter Lebenden zur Wirksamkeit gelangte, setzte diese Bestimmung zuerst einmal eine Regelung voraus, die als Schenkung unter Lebenden wirksam sein konnte. Nur bei einem solchen Rechtsgeschäft drohte die Umgehungsgefahr, die § 1963 abwenden sollte. Eine Regelung, die als Schenkung unter Lebenden unwirksam war, konnte keine schenkungsrechtlichen Rechtswirkungen herbeiführen. Somit bestand bei ihr auch nicht die Gefahr, daß in der Sache erbrechtliche Rechtswirkungen durch schenkungsrechtliche Rechtswirkungen erzielt wurden.

a) Die einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen

Eine wirksame Schenkung unter Lebenden setzte zunächst einmal einen Schenkungsvertrag voraus. Das BGB hat den zum Zeitpunkt seiner Entstehung herrschenden Streit

über die Vertragsnatur der Schenkung ausdrücklich im bejahenden Sinne entschieden.¹ Der erste Entwurf enthielt sogar noch in § 342 eine ausdrückliche Vorschrift über die Unverbindlichkeit des einseitigen, nicht angenommenen Schenkungsversprechens.² Infolgedessen knüpfte § 1963, da nur durch eine wirksame Schenkung unter Lebenden eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften droht, nur an Schenkungsverträge an. In § 1963 Halbs. 1 (nicht vollzogene Schenkung; der heutige § 2301 Abs. 1) wurde ausdrücklich vom Schenkungsversprechen durch Vertrag gesprochen. Vom Sinn und Zweck des § 1963 her bestand für den Gesetzgeber keine Veranlassung, in dieser Vorschrift "des einseitigen Versprechens einer Schenkung auf den Todesfall zu gedenken".³ Weder ein einseitiges, gar nicht auf Annahme ausgerichtetes Schenkungsversprechen von Todes wegen, noch ein auf Annahme ausgerichtetes, aber nicht angenommenes, erfüllen die Voraussetzungen einer wirksamen Schenkung unter Lebenden. In beiden Fällen fehlt es an dem dazu erforderlichen Vertrag. Aus diesem Grunde brauchte auf beide Fälle eine Norm nicht angewendet zu werden, deren Aufgabe es war, die Umgehung erbrechtlicher Vorschriften durch Schenkungen unter Lebenden zu verhindern. Damit war aber noch nicht gesagt, daß diese einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen keine Rechtswir-

1 Motive Bd. II S. 288; Protokolle Bd. II S. 4 ff.

2 Diese Vorschrift ist nur deshalb gestrichen worden, weil sie in Anbetracht der endgültig Gesetz gewordenen schenkungsrechtlichen Bestimmungen überflüssig geworden war. Die Vertragsnatur der Schenkung folgt in der heutigen Fassung des Gesetzes direkt aus den §§ 516 Abs. 1, 518 Abs. 1. § 516 spricht davon, daß beide Vertragspartner darüber einig sein müssen, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. § 518 Abs. 1 redet von einem Vertrag, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird. Ein einseitiges, nicht angenommenes Schenkungsversprechen ist also schenkungsrechtlich bedeutungslos.

3 Mugdan Bd. V Motive S. 186.

kungen äußern konnten. § 1963 war nichts anderes als eine deklaratorische Konkretisierung des allgemeinen Satzes, daß Verfügungen von Todes wegen, gleichgültig in welchem Gewande sie auftreten, den Formen unterliegen, die der Gesetzgeber exklusiv für sie bestimmt hat. Einseitige Schenkungsversprechen von Todes wegen - einseitig gedachte und einseitig gebliebene - können nun zwar niemals die Wirksamkeitsvoraussetzungen des lebzeitigen Schenkungsrechts erfüllen, das vom Vertragserfordernis ausgeht, wohl aber die des Erbrechts, das mit dem Testament eine einseitige Verfügung von Todes wegen kennt. Somit konnten diese einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen zwar niemals der deklaratorischen Konkretisierung des allgemeinen Satzes von der Exklusivität der erbrechtlichen Formen in § 1963 Halbs. 1 (§ 2301 Abs. 1) unterfallen, sie wurden aber von diesem allgemeinen Satz direkt erfaßt. Demgemäß haben die Mitglieder der ersten Kommission in den Motiven zutreffend festgehalten:¹ "Hat jemand einseitig in der Form der letztwilligen Verfügung erklärt, er schenke gewisse Gegenstände oder sein ganzes Vermögen einem anderen für den Fall seines Todes, so ist eine letztwillige Verfügung errichtet, der Verfügende hat sichtbar nur einen unzutreffenden Ausdruck gebraucht, dem der § 1788" (der heutige § 2087) "zur Geltung verhilft. Wollte der Erklärende, der Beschenkte müsse diese Erklärung annehmen, so bleibt zweifelhaft, ob das Versprechen als letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden kann, oder ob es rechtlich Bedeutung nicht erst dann erlangen soll, wenn die Annahmeerklärung in der Form des Vermächtnisvertrages oder Erbvertrages hinzugetreten ist. Diese Frage im Gesetz zu entscheiden, besteht kein Anlaß."

Diese einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen

¹ Mugdan Bd. V Motive S. 186.

sind in der Sache Verfügungen von Todes wegen. Sie weisen das essentiell erbrechtliche Moment der Überlebensbedingung auf. Das weitere essentielle Moment der Verfügungen von Todes wegen - die gewollt fortbestehende Dispositionsfreiheit des Erblassers unter Lebenden - ergibt sich daraus, daß außer einem Versprechen zu Lebzeiten des Versprechenden noch nichts geschieht. Bei solchen Versprechen war direkt, ohne daß es des Weges über § 1963 bedurfte, zu prüfen, ob die erbrechtlichen Formvorschriften gewahrt waren. Dies folgte daraus, daß § 1963 eine an und für sich überflüssige deklaratorische Konkretisierung eines allgemeinen Satzes war. Soweit die Voraussetzungen dieser Konkretisierung nicht eingriffen, griff der allgemeine Satz direkt ein. Die Möglichkeit, daß die Konkretisierung eines allgemeinen Prinzips für einen bestimmten Bereich den Rückgriff auf dieses allgemeine Prinzip in den von der Konkretisierung nicht erfaßten Fällen verbieten soll, schied deshalb von vornherein aus. Daß der Gesetzgeber den allgemeinen Satz von der Exklusivität erbrechtlicher Formen nur für die vertraglichen Schenkungen und nicht für einseitige Versprechen von Todes wegen konkretisiert hat, beruht darauf, daß überhaupt nur bei den vertraglichen Schenkungen Wirksamkeitszweifel auftauchen können. Ein einseitiges Versprechen kann als Schenkung unter Lebenden keinerlei Wirkung äußern. Erfüllt es als einseitige Schenkungserklärung von Todes wegen die erbrechtlichen Formen nicht, so besteht kein Zweifel daran, daß eine solche Erklärung keinerlei Rechtswirkungen herbeiführt. Eine vertragliche Schenkung kann dagegen als Schenkung unter Lebenden wirksam sein. Erfüllt sie als vertragliche Schenkung von Todes wegen die erbrechtlichen Formen nicht, wohl aber die Formen einer lebzeitigen Schenkung, so könnten Zweifel auftauchen, ob sie nicht trotz ihrer erbrechtlichen Wirkungen als eine lebzeitige wirksam sein kann. Im Gegensatz zum einseitigen

Schenkungsversprechen von Todes wegen besteht eine Wirksamkeitsmöglichkeit, auf die theoretisch zurückgegriffen werden könnte. Daß dies nicht geht, folgt aus dem allgemeinen Satz von der Exklusivität erbrechtlicher Formalisierungen. Um jedweden Zweifel daran zu beseitigen, hatte der erste Entwurf dies dann in § 1963 Halbs. 1 noch einmal ausgesprochen. Wo indes, wie bei den einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen, gar keine Wirksamkeitszweifel dieser Art auftauchen können, weil eine Wirksamkeitsmöglichkeit als Schenkung unter Lebenden gar nicht besteht, existierte auch kein Bedürfnis nach einer klarstellenden Norm.

Einseitige Versprechen von Todes wegen fallen somit überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um einseitig gedachte Schenkungsversprechen oder um einseitig gebliebene Schenkungsversprechen handelt. Die Aussparung der einseitigen Versprechen kommt allerdings im Wortlaut des heutigen § 2301 Abs. 1 ("Schenkungsversprechen", nicht "Versprechensschenkung") nicht mehr eindeutig zum Ausdruck. Dies ist indes belanglos. Die Nichtanwendbarkeit des § 2301 Abs. 1 folgt allein schon aus § 1963 des ersten Entwurfes. Auf dem gesetzgeberischen Weg von § 1963 des ersten Entwurfes zu § 2301 des heutigen Gesetzes sind keine Änderungen des sachlichen Regelungsgehaltes dieser Norm erfolgt. Außerdem folgt aus der Teleologie der Vorschrift als einer deklaratorischen Verbotsnorm für Umgehungsgeschäfte, daß sie dort nicht angewendet zu werden braucht, wo eine Umgehung nicht droht. Da einseitige Schenkungsversprechen als Schenkungen unter Lebenden nicht wirksam sein können, droht von ihnen keine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften.

Ein einseitiges Schenkungsversprechen von Todes wegen, das der Sache nach immer eine Verfügung von Todes wegen ist, kann direkt als testamentarische Verfügung von To-

des wegen wirksam sein, wenn es den Formerfordernissen des privatschriftlichen oder des öffentlichen Testaments genügt.

Ein von vornherein als einseitiges gedachtes, also überhaupt nicht auf Annahme berechnetes Schenkungsversprechen ist unter dieser Voraussetzung immer eine wirksame testamentarische Verfügung.¹ Es liegt hier nur ein Vergreifen im Ausdruck vor.

War dagegen die Versprechenserklärung als vom "Beschenkten" anzunehmende gemeint und ist sie einseitige Erklärung geblieben, weil es zu dieser Annahme nicht gekommen ist,² so müssen zu ihrer Wirksamkeit als testamentarische Verfügung außer der Einhaltung der entsprechenden Formen noch Anhaltspunkte dafür hinzukommen, daß der "Schenker" den "Beschenkten" auf alle Fälle von Todes wegen bedenken wollte, also auch für den Fall der Nichtannahme.³ Sonst liegt ausschließlich ein fehlgeschlagenes zweiseitiges Geschäft vor.

Es geht also bei den einseitigen Schenkungsversprechen von Todes wegen - den von vornherein einseitig gemeinten und den zweiseitig gemeinten, aber einseitig gebliebenen - nur darum, im Wege der Auslegung festzustellen, ob bei ihnen mit dem Ausdruck "Schenkung" in der Sache eine einseitige Rechtsnachfolgeregelung für den Fall des Todes gemeint ist.⁴ Ist dies so und sind die testamentarischen Voraussetzungen gewahrt, so liegt

1 Mugdan Bd. V Motive S. 186; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 9.

2 Beispiel: A läßt von einem Notar ein an B gerichtetes Schenkungsversprechen unter der Überlebensbedingung beurkunden, das er - A - dem B später zur Annahme unterbreiten will. Bevor A dazu kommt, verstirbt er.

3 So zutreffend: Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 9; Planck-Greif § 2301 Bem. 2.

4 Bei den einseitig gebliebenen geht es darum, ob dies wenigstens hypothetisch gewollt war.

nach Inhalt und Form ein wirksames Testament vor. Es bedarf keiner besonderen Vorschrift, um die Wirksamkeit einer solchen Anordnung zu begründen oder auch nur klarzustellen. Ist die testamentarische Form nicht gewahrt, dann bedarf es keiner Norm, um die Unwirksamkeit einer solchen Anordnung zu begründen oder klarzustellen, weil im Gegensatz zu den Schenkungsverträgen überhaupt keine Norm ersichtlich ist, nach der eine solche Anordnung wirksam sein könnte. Daß einseitige Schenkungsversprechen von Todes wegen mit § 2301 Abs. 1 nichts zu tun haben, wird in der Literatur häufig verkannt.¹

b) Die Schenkungsverträge von Todes wegen

aa) Die Versprechensschenkung von Todes wegen

Somit verbleiben für den Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1 nur die Schenkungsverträge. Betrachten wir zu-

1 So z.B. von Brox RdNr. 725, nach dem für die Anwendung des § 2301 I die nicht angenommene Erklärung des Schenkers ausreicht; wohl ebenso: Erman-Hense § 2301 RdNr. 5; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 2. Unzutreffend ist auch die Differenzierung von Harder S. 110, der - im Ergebnis zutreffend - das überhaupt nicht auf Annahme berechnete Schenkungsversprechen dem § 2301 I nicht unterwirft, weil es überhaupt kein "Schenkungsversprechen im Rechtssinne" sei, und der - in Begründung und Ergebnis unzutreffend - die erbrechtliche Formbedürftigkeit des zum Zwecke der Annahme abgegebenen, aber nicht angenommenen Schenkungsangebots aus § 2301 I folgert, weil im Augenblick der Abgabe eines solchen Angebots gem. § 2301 I eine gesetzliche Konversion in eine Verfügung von Todes wegen erfolge. Harder übersieht, daß § 2301 I sich nur mit "perfekten" Schenkungsverträgen befaßt, weil nur diese als Schenkungen unter Lebenden wirksam sein können und daher nur bei diesen eine Umgehungsgefahr bestehen kann. Zutreffend für die Beschränkung des § 2301 I auf Schenkungsverträge: Kipp-Coing § 81 III 1a; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 9. Im Ergebnis ebenfalls richtig: Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 4.

erst den Hauptanwendungsfall des § 2301 Abs. 1, nämlich den der reinen Versprechensschenkung auf den Todesfall, so ist diese Bestimmung bei der heutigen Gesetzeslage unverständlich. § 2301 Abs. 1 soll die Funktion haben, zu verhindern, daß in der Sache erbrechtliche Regelungen ohne Beachtung der erbrechtlichen Formen als lebzeitige Schenkungen zur Wirksamkeit gelangen. Das lebzeitige Schenkungsrecht verlangt aber in § 518 Abs. 1 schon zur Wirksamkeit einer lebzeitigen Versprechensschenkung die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens. Durch eine solche notarielle Beurkundung wird nun auch die Form des öffentlichen Testaments gem. § 2232 gewahrt. Das bedeutet aber, daß die Versprechensschenkung nach lebzeitigem Schenkungsrecht nur in einer Form zur Wirksamkeit gelangen kann, die den erbrechtlichen Formvorschriften genügt. Insoweit ist also eine Umgehungsgefahr gar nicht ersichtlich. Eine nach lebzeitigem Schenkungsrecht wirksame Versprechensschenkung erfüllt immer auch die Form eines öffentlichen Testaments. Die Gefahr, daß sie nach lebzeitigem Schenkungsrecht ohne Beachtung der erbrechtlichen Form wirksam werden könnte, besteht nicht.

Noch seltsamer wird es, wenn wir den Fall einer nach lebzeitigem Schenkungsrecht formunwirksamen Versprechensschenkung von Todes wegen betrachten, bei der das Schenkungsangebot vom Schenker eigenhändig geschrieben und unterschrieben - etwa in einem Brief - abgegeben worden ist. Nach dem bisher Dargelegten besteht hier kein Bedürfnis für die Anwendung des § 2301 Abs. 1. Eine Regelung, die nach lebzeitigem Schenkungsrecht gar nicht wirksam sein kann, kann auch nicht in der Sache erbrechtliche Wirkungen durch schenkungsrechtliche Wirkungen herbeiführen. Erbrechtliche Wirkungen können aber gem. § 2247 durch ein eigenhändiges Testament erzielt werden. Es liegt also auf der Hand, daß in diesem Fall, in dem in der Sache eine Verfügung von

odes wegen getroffen wird und außerdem die erbrechtliche Form des § 2247 gewahrt ist, ein wirksames Testament vorliegt.¹ Unerfindlich bleibt nur, warum man für dieses Ergebnis auf eine Norm angewiesen sein soll, die die Umgehung erbrechtlicher Vorschriften durch lebzeitige Schenkungen verhindern soll, wo doch hier eine Wirksamkeit nach schenkungsrechtlichen Bestimmungen gar nicht in Betracht kommt, sondern nur eine erbrechtliche Wirksamkeit gem. § 2247. Nichtsdestoweniger wird zur Lösung allgemein § 2301 Abs. 1 herangezogen.² Es ist indes unverständlich, wie aus einer "Umgehungsverbotnorm" die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes abge-

- 1 Der Wille zu einer einseitigen Regelung liegt als hypothetischer Wille vor. Wer durch Vertrag - also bindend - auf den Todesfall unentgeltlich zuwenden will, der würde, wenn er die Unwirksamkeit der vertragsmäßigen Zuwendung kennen würde, diese unentgeltliche Zuwendung als einseitige (testamentarische) - also als nicht bindende - wollen. Die Alternative, die er sicherlich nicht wollen würde, wäre, daß gar keine wirksame Zuwendung stattfindet.
- 2 Streit herrscht nur darüber, ob die Wirksamkeit als eigenhändiges Testament direkt aus § 2301 I folgt, weil dort allgemein auf die "Verfügungen von Todes wegen" verwiesen wird, zu denen auch das eigenhändige Testament gehört (so: Lange-Kuchinke § 31 II 1a; Brox RdNr. 726; Harder S. 111), oder ob § 2301 I die Form des Erbvertrages verlangt, weil § 1963 des ersten Entwurfes von Erbeinsetzungs- oder Vermächtnisvertrag gesprochen hat und die zweite Kommission durch den Ausdruck "Verfügungen von Todes wegen" keine sachliche Änderung herbeiführen wollte. Nach dieser Ansicht liegt zunächst ein unwirksamer Erbvertrag vor, der aber in ein wirksames privatschriftliches Testament umgedeutet werden kann (so: Kipp-Coing § 81 III 2a; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 II 2; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 2; Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 4). Wäre § 2301 hier anzuwenden, so wäre dieser Ansicht zu folgen. Für die Auslegung des § 2301 ist auf den ersten Entwurf zurückzugehen. Gegen die Anwendung des § 140 bestehen aus den in der vorhergehenden Fußnote genannten Gründen keine Bedenken.

leitet werden soll, von dem keine Umgehungsgefahr ausgeht.

Diese Unverständlichkeiten folgen aus dem Verhältnis, in dem schenkungsrechtliche und erbrechtliche Formen bei der heutigen Gesetzeslage zueinander stehen. Die Formanforderungen für die lebzeitige Versprechensschenkung sind nämlich heute im Vergleich zu den Formanforderungen des Erbrechts z.T. strenger - die Form der öffentlichen Beurkundung ist schwerer zu erfüllen als die des privatschriftlichen Testaments - z.T. gleich streng - die Form des § 518 Abs. 1 erfüllt die Form des § 2232. Auch der Erbvertrag, bei dem die Erklärungen beider Vertragsteile bei deren gleichzeitiger Anwesenheit (§ 2276) und bei höchstpersönlicher Anwesenheit des Erblassers (§ 2274) öffentlich zu beurkunden sind, ist heute in seinen hier interessierenden Formanforderungen nicht strenger als § 518 Abs. 1. Das Erfordernis der höchstpersönlichen Anwesenheit des Erblassers (§ 2274) ist kein Formerfordernis, sondern ein Vertretungsverbot, das § 2064 entspricht. Dieses Erfordernis, das einen Unterschied zu § 518 Abs. 1 darstellt, berührt nicht die hier behandelte Umgehungsproblematik. Daß durch einen Vertreter abgegebene Willenserklärungen nicht als Verfügungen von Todes wegen wirksam sein können, folgt schon direkt aus diesen Vertretungsverboten. Zu dieser Feststellung bedarf man keiner weiteren "Umgehungsverbotnorm" mehr. Das Erfordernis der Beurkundung der Erklärung des Vertragspartners (gleichgültig ob diese höchstpersönlich oder durch einen Vertreter abgegeben wird), das ebenfalls einen Unterschied zu § 518 Abs. 1 darstellt, berührt die hier behandelte Umgehungsproblematik ebensowenig. Bei der hier erörterten Umgehungsproblematik geht es darum, ob die durch den erbrechtlichen Authentizitätsschutz gebotenen Formen umgangen werden können. Der erbrechtliche Authentizitätsschutz bezieht sich auf die Erklärung desjenigen,

der von Todes wegen zuwendet. Unter diesem Aspekt ist es irrelevant, ob die Erklärung des Zuwendungsempfängers mitbeurkundet werden muß oder nicht. Von der Umgehungsverbotsfunktion des § 2301 Abs. 1 her gesehen interessiert nur, welche Formen der Zuwendende einhalten muß, der höchstpersönlich einen durch die Überlebensbedingung bedingten Schenkungsvertrag schließen will. Insoweit ist die heutige Erbvertragsform aber nicht strenger als die Form des § 518 Abs. 1. Insoweit gibt es somit heute überhaupt keine erbrechtliche Form, die strenger als die Form des § 518 Abs. 1 ist.

Damit sind die Formanforderungen heute aber ganz anders gelagert als zu Zeiten der ersten und der zweiten Kommission, die den heutigen § 2301 geschaffen haben.¹ Damals waren alle erbrechtlichen Formen strenger als die Form der lebzeitigen Versprechensschenkung. Weder die erste, noch die zweite Kommission hatten das holographische Testament in das BGB aufgenommen. Erst die Reichstagskommission, die auf § 2301 keinen Einfluß mehr genommen hat, hat das eigenhändige Testament neben das öffentliche Testament gesetzt.² Der erste und der zweite Entwurf kannten demgemäß nur das öffentliche Testament. Dieses öffentliche Testament und der Erbvertrag wiesen damals aber gegenüber der öffentlichen Beurkundung des § 518 Abs. 1 eine Formerschwerung auf. Sie konnten nur vor einem Richter und einem Urkundsbeamten oder vor einem Richter und zwei Zeugen oder vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen errichtet werden. Für das öffentliche Testament war diese Regelung in dem damaligen § 2233 enthalten;

1 Wobei der materielle Regelungsgehalt ausschließlich von der ersten Kommission, die endgültige Formulierung von der zweiten Kommission stammt.

2 Zur Entstehungsgeschichte des privatschriftlichen Testaments vgl. Kipp-Coing § 25; Lange-Kuchinke § 16 III u. § 19.

für den Erbvertrag erklärte der damalige § 2276 Satz 2 die Anwendbarkeit des § 2233. Erst durch das Testamentsgesetz vom 31.7.1938 wurde die Zuziehung von Zeugen und sonstigen Mitwirkenden abgeschafft und damit die Errichtung des öffentlichen Testaments und des Erbvertrages der Aufnahme einer öffentlichen Urkunde angeglichen (§ 4 Testamentsgesetz).¹ Somit stellte sich in der gesetzgeberischen Schicht, in der die Regelung der Schenkung von Todes wegen geschaffen wurde, das Verhältnis der erbrechtlichen Formen zu der Form der lebzeitigen Versprechensschenkung wie folgt dar.

Den Mitgliedern der ersten und der zweiten Kommission war eine erbrechtliche Form, die leichter zu erfüllen war als die Beurkundungsform der Versprechensschenkung, noch unbekannt, da das holographische Testament erst später durch die Reichstagskommission eingefügt wurde. Ebenfalls unbekannt war eine erbrechtliche Form, die die gleichen Voraussetzungen wie diese Beurkundungsform aufwies, da die Zeugen- und Mitwirkungserfordernisse des Erbrechts erst sehr viel später durch das Testamentsgesetz beseitigt wurden. Die Form der lebzeitigen Versprechensschenkung war also leichter zu erfüllen als die erbrechtlichen Formen. Die Formen des Erbrechts und die Form der lebzeitigen Versprechensschenkung standen zueinander in einem Stufenverhältnis: Die öffentliche Beurkundung, die für das lebzeitige Schenkungsrecht ausreichte, war auch Voraussetzung der Form des öffentlichen Testaments und des Erbvertrags, für diese aber nicht genügend, da bei ihr die Zeugen- und Mitwirkungserfordernisse hinzukamen.

Somit war der Fall, daß eine Versprechensschenkung - etwa in privatschriftlicher Form - nach Schenkungsrecht unwirksam, nach Erbrecht aber wirksam sein konnte, gar nicht denkbar. Was schon nach Schenkungsrecht nicht

¹ Zur Geschichte vgl. Lange-Kuchinke § 16 III.

wirksam war, konnte auch nach Erbrecht nicht wirksam sein. Für solche Fälle bedurfte es keiner gesetzgeberischen Anordnung. Es war überhaupt keine Norm - weder eine schenkungsrechtliche, noch eine erbrechtliche - ersichtlich, nach der solche Rechtsgeschäfte irgendeine Rechtswirkung hätten auslösen können. Die Reichstagskommission, durch deren Einfügung des holographischen Testaments in das BGB dieser Divergenzfall erst möglich wurde, hat auf die Regelung des § 2301 keinen Einfluß mehr genommen. Dieser Divergenzfall bot auch keinen Anlaß für ein gesetzgeberisches Tätigwerden. Ein Schenkungsversprechen, das die Form des § 518 Abs. 1 nicht erfüllt, kann nicht zu einer Umgehung des Erbrechts führen. Es kann von vorneherein nur als Verfügung von Todes wegen Rechtswirkungen äußern, nicht aber ein wirksames lebzeitiges Schenkungsgeschäft bewirken. Wenn heute die Norm des § 2301 Abs. 1 im Fall einer privatschriftlichen Versprechensschenkung herangezogen wird, so wird sie auf einen Fall angewendet, für den sie der Gesetzgeber nicht geschaffen hat.

Die erste und die zweite Kommission konnten bei der Schaffung des § 2301 Abs. 1 nur den Fall im Auge haben, daß die Versprechensschenkung eine öffentlich beurkundete i.S.d. § 518 Abs. 1 und damit an und für sich eine wirksame lebzeitige Versprechensschenkung war. Nur bei einer solchen Versprechensschenkung konnte, wenn sie in der Sache eine Rechtsnachfolgeregelung für den Fall des Todes beinhaltete, die Gefahr bestehen, daß in der Sache erbrechtliche Wirkungen durch ein lebzeitiges Schenkungsgeschäft herbeigeführt wurden. Wie wir schon dargelegt haben, hätten auch ohne § 2301 Abs. 1 in diesem Fall wegen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Exklusivität der erbrechtlichen Formen eben diese Formen zur Anwendung kommen müssen. Immerhin hatte es für diesen Fall noch einen gesetzgeberischen Sinn - wenn auch nur einen deklaratorischen Sinn -, zu bestimmen, daß erb-

rechtliche Wirkungen nur in der strengeren Form des Erbrechts und nicht in der weniger strengen Form des lebzeitigen Schenkungsrechts wirksam angeordnet werden können. Vom Anwendungsbereich her war § 2301 Abs. 1 somit in bezug auf die Versprechensschenkung auf den Fall beschränkt, daß eine nach lebzeitigem Schenkungsrecht wirksame, weil öffentlich beurkundete, Versprechensschenkung den strengeren Formerfordernissen des Erbrechts unterworfen wurde, wenn sie in der Sache eine Verfügung von Todes wegen darstellte. In Anbetracht der Veränderung der Formerfordernisse benötigen wir aber für diesen Fall den § 2301 Abs. 1 nicht mehr. Ein lebzeitiges Schenkungsversprechen, das wirksam beurkundet worden ist, erfüllt auch die erbrechtliche Form des öffentlichen Testamentes. Insoweit hat also das Testamentsgesetz den tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1 dadurch ausgehöhlt, daß es die Errichtung eines öffentlichen Testamentes der Aufnahme einer öffentlichen Urkunde angeglichen hat.

Was die Versprechensschenkung auf den Todesfall angeht, läßt sich somit festhalten:

Geschaffen war § 2301 Abs. 1 für den Fall, daß eine nach den weniger strengen Formvorschriften des lebzeitigen Schenkungsrechts an und für sich wirksame Versprechensschenkung, die dem Regelungsgehalt nach in der Sache eine Verfügung von Todes wegen war, die strengeren Formvorschriften des Erbrechts zu umgehen drohte. Diesen Fall gibt es nicht mehr. Angewendet wird § 2301 Abs. 1 stattdessen heute auf den Fall, in dem die weniger strenge Form des Erbrechts (Privatschriftlichkeit), aber nicht die strengere Form des lebzeitigen Schenkungsrechts (Öffentliche Beurkundung) gewahrt ist. Diesen Fall gab es für die erste und die zweite Kommission nicht. Er sollte somit auch nicht in § 2301 Abs. 1 geregelt werden. Für die Reichstagskommission gab es diesen Fall; sie hat sich mit ihm aber nicht beschäf-

tigt, wie sie überhaupt die Regelung des § 2301 nicht beeinflußt hat. Es geht nicht an, eine Vorschrift, die Umgehungsgeschäfte verhindern, also bestimmten Rechtsgeschäften die Wirkung versagen soll, dazu zu benutzen, Rechtsgeschäften, die von der Norm gar nicht erfaßt werden sollten, zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der Bedeutungswandel einer Vorschrift kann nicht so weit gehen, daß aus einer "Unwirksamkeitsnorm" eine "Wirksamkeitsnorm" wird. Es gibt teleologisch gesehen keinen Sinn, eine "Umgehungsverbotnorm" auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, von denen gar keine Umgehungsgefahr ausgeht. Von Schenkungsversprechen, die die Form des § 518 Abs. 1 nicht erfüllen, geht aber keine Umgehungsgefahr aus.

Solange die Form der lebzeitigen Versprechensschenkung leichter zu erfüllen war als die erbrechtlichen Formen, ergab es einen Sinn, in einer Norm deklaratorisch festzuhalten, daß diese leichter zu erfüllende Form nicht ausreicht, wenn sich die Schenkung durch ihre spezielle Ausgestaltung in der Sache als Verfügung von Todes wegen darstellt. Dieser Sinn fiel aber in bezug auf die Versprechensschenkung in dem Augenblick fort, in dem die erbrechtlichen Formen z.T. leichter (Schaffung des holographischen Testaments), z.T. genauso leicht (Angleichung der Errichtung des öffentlichen Testaments an die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde) einzuhalten waren wie diese schenkungsrechtliche Form. Von diesem Augenblick an drohte nicht mehr eine Umgehung der strengeren erbrechtlichen Formen durch eine weniger strenge schenkungsrechtliche Form. Es gab keine weniger strenge schenkungsrechtliche Form mehr, von der eine Umgehungsgefahr hätte ausgehen können. Der Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1

- Wahrung der schenkungsrechtlichen, aber nicht der erbrechtlichen Form - fiel in bezug auf die Versprechensschenkung fort. Mit der Wahrung der schenkungsrechtlichen Form war zugleich auch die erbrechtliche Form gewahrt. Dafür gab es von diesem Augenblick an einen neuen Diver-

genzfall, in dem zwar die erbrechtliche Form (Privatschriftlichkeit), nicht aber die schenkungsrechtliche Form eingehalten ist. Da hier keine schenkungsrechtliche Wirksamkeit - also keine Umgehung - droht, ist § 2301 auf diesen Fall nicht anwendbar. Das ist auch nicht erforderlich. Es bestehen keinerlei Bedenken gegen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das sich in der Sache und in der Form als Verfügung von Todes wegen darstellt.

bb) Die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen

Es verbleibt somit nur noch die Fallgruppe der widerruflichen Handschenkungen von Todes wegen, die wir nicht dem § 2301 Abs. 2 zugeordnet haben, weil auch bei ihr das essentiell erbrechtliche Merkmal des gewollten Fortbestandes der lebzeitigen Dispositionsfreiheit des Zuwendenden gegeben ist. Diese Fallgruppe unterfällt sicherlich dem allgemeinen Satz von der Exklusivität der erbrechtlichen Formen. Zweifelhaft ist es dagegen, ob diese Fallgruppe von der deklaratorischen Konkretisierung dieses allgemeinen Satzes in § 2301 Abs. 1 erfaßt wird. Dies hängt davon ab, ob man den möglichen Wortsinn als Grenze der Auslegung ansieht.¹ Tut man dies, so muß eine Anwendung des § 2301 Abs. 1 auf diese Fallgruppe abgelehnt werden, weil "Schenkungsversprechen" in seinem möglichen Wortsinn eine Handschenkung nicht abdeckt. Ist man dagegen der Ansicht, daß auch schon im Rahmen der Auslegung Sinn und Zweck einer Vorschrift einem sprachlich eindeutigen Wortlaut vorgehen,² so kann man den § 2301 Abs. 1 hier anwenden, weil das zentrale Wertungs-

¹ So z.B.: Larenz Methodenlehre S. 304; Enneccerus-Nipperdey AT § 57 II, III; Engisch S. 82 ff; Canaris S. 19 ff.

² So z.B.: BGHZ 2, 176, 184; BGHZ 3, 82, 84; BGHZ 17, 266, 276; BGHZ 18, 44, 49; Staudinger-Riezler 10. Aufl. Einl. vor § 1 Anm. 29.

kriterium des § 2301 Abs. 1 - "Vergabung des Nachlasses"

- auch auf die widerrufliche Handschenkung von Todes wegen zutrifft. Wendet man § 2301 Abs. 1 an, so hat man eine Fallgruppe, für die diese Vorschrift durch die nach der Schaffung des Regelungsgehaltes des § 2301 erfolgten Veränderungen der Formanforderungen nicht obsolet geworden ist. Lebzeitige Handschenkungen waren und sind auch heute noch formlos wirksam; formlose unmittelbare Zuwendungen von Todes wegen gab es damals nicht und gibt es auch heute nicht. Die Regelungsvoraussetzung des § 2301, die darin besteht, daß eine nach lebzeitigem Schenkungsrecht an und für sich wirksame Schenkung erbrechtliche Wirkungen auszulösen und damit die erbrechtlichen Formen zu umgehen droht, ist gegeben. Insoweit - nämlich bezüglich der formfreien Handschenkungen - war und ist das lebzeitige Schenkungsrecht in seinen Anforderungen weniger streng als es die formalisierten Zuwendungen von Todes wegen waren und sind.

Somit können wir festhalten, daß die in § 2301 Abs. 1 enthaltene deklaratorische Konkretisierung des allgemeinen Satzes von der Exklusivität der erbrechtlichen Formen nur für diese eine Fallgruppe nicht obsolet geworden ist. Ob diese Fallgruppe von § 2301 Abs. 1 erfaßt wird, ist indes zweifelhaft. Es ist unschädlich, wenn man diese Fallgruppe nicht unter § 2301 Abs. 1 subsumiert; sie wird dann immer noch von dem allgemeinen Grundsatz der Exklusivität der erbrechtlichen Formen erfaßt.

6. Zusammenfassung der bisher zu § 2301 gefundenen Ergebnisse.

Somit läßt sich insgesamt feststellen:

1. Eine Auslegung des Vollzugsmerkmals im Rahmen des § 2301 Abs. 2, die an teleologische und entstehungsgeschichtliche Gesichtspunkte anknüpft, ergibt, daß § 2301 für die Schenkungen von Todes wegen (= Schenkungen, die unter der Überlebensbedingung stehen) die Trennung zwischen lebzeitigen Rechtsgeschäften (§ 2301 Abs. 2) und Verfügungen von Todes wegen (§ 2301 Abs. 1) in derselben Weise vornimmt, wie dies eine Betrachtungsweise tun würde, die sich ausschließlich an der Natur der Sache orientieren würde, nämlich an Funktion und Struktur der lebzeitigen Verfügungen und der Verfügungen von Todes wegen. Das Vollzugsmerkmal, das durch die Aufgabe der lebzeitigen Verfügungsfreiheit bezüglich des Zuwendungsgegenstandes erfüllt wird, ist identisch mit der allgemeinen Trennungslinie zwischen den Rechtsgeschäften "inter vivos" und den Rechtsgeschäften "mortis causa". Bei der lebzeitigen Verfügung schränkt der Verfügende seine lebzeitige Verfügungsfreiheit bezüglich des Verfügungsgegenstandes ein. Der Erwerb des Verfügungsempfängers soll sichergestellt werden. Bei der Verfügung von Todes wegen schränkt der Verfügende seine Verfügungsfreiheit unter Lebenden bewußt nicht ein. Der Erwerb des Bedachten wird nicht sichergestellt. Die Verfügung von Todes wegen ist eine auf den Nachlaß bezogene Anordnung, während sich die lebzeitige Verfügung auf das gegenwärtige Vermögen des Verfügenden bezieht.
2. Liegt eine durch das Überleben des Beschenkten bedingte Schenkung vor, so ist zu prüfen, ob schon zu Lebzeiten des Schenkers eine unwiderrufliche, sei es durch das Vorversterben des Schenkers aufschiebend bedingte, sei es durch das Vorversterben des Beschenkten auflösend bedingte Handschenkungen zustande gekommen ist. Ist

dies der Fall, so liegt eine formlos wirksame Schenkung unter Lebenden vor. Ist dies nicht der Fall, hat also der Schenker seine lebzeitige Verfügungsfreiheit bezüglich des Zuwendungsgegenstandes bewußt nicht eingeschränkt, so liegt in der Sache eine Verfügung von Todes wegen vor.

3. Aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Spezialität ergibt sich, daß eine solche Verfügung von Todes wegen im Gewand einer lebzeitigen Schenkung nur in den Formen vorgenommen werden darf, die das Erbrecht für die Verfügungen von Todes wegen vorsieht.

4. § 2301 hat somit ausschließlich deklaratorische Bedeutung. § 2301 Abs. 1 enthält eine deklaratorische Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Exklusivität der erbrechtlichen Formen für unmittelbare Zuwendungen von Todes wegen.

5. Vom tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 2301 Abs. 1 her gesehen ergab eine solche deklaratorische Aussage, daß Schenkungsformen die erbrechtlichen Formen nicht ersetzen können, wenn in der Sache eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, für die Versprechensschenkung nur so lange einen Sinn als die schenkungsrechtliche Form leichter zu erfüllen war als die erbrechtlichen Formen. Seitdem die erbrechtlichen Formen leichter bzw. genauso leicht wie diese schenkungsrechtliche Form einzuhalten sind, hat § 2301 Abs. 1 bezüglich der Versprechensschenkung keinen Anwendungsbereich mehr. Es verbleibt nur noch die Fallgruppe der widerruflichen Handschenkungen von Todes wegen. Es ist aber zweifelhaft, ob § 2301 Abs. 1 im Wege der Auslegung auf diese Fallgruppe angewandt werden kann. Bejaht man dies, so stellt diese Fallgruppe den einzigen Anwendungsfall des § 2301 Abs. 1 dar. Verneint man dies, so hat § 2301 Abs. 1 überhaupt keinen Anwendungsbereich mehr. Letztere Fallgruppe unterfällt dann direkt dem allgemeinen Satz von der Exklusivität der erbrechtlichen Formen.

B § 2301 BEI EINSCHALTUNG EINER MITTELSPERSON

Wir haben uns bis jetzt nur mit der Konstellation beschäftigt, daß bei dem Schenkungsgeschäft ausschließlich der Schenker und der Beschenkte beteiligt sind. Es fragt sich nun, ob die hierbei gewonnenen Erkenntnisse auch dann gelten, wenn, sei es auf der Seite des Schenkers, sei es auf der des Beschenkten, in den Schenkungsvorgang Mittelspersonen eingeschaltet werden. Diese Schenkungen auf den Todesfall mit Einschaltung eines Mittlers sind in der Praxis häufiger als die bisher behandelten Zweipersonen-Konstellationen.¹ Die Einschaltung eines Dritten ist deshalb so häufig, weil der Schenker oft ein Interesse daran hat, seine Zuwendung gegenüber dem Erben gänzlich und gegenüber dem Zuwendungsempfänger zu seinen Lebzeiten geheim zu halten.² Gegenüber seinen Erben will der Schenker häufig seine Zuwendung gänzlich verschleiern. Deshalb kann er sich für diese Zuwendung nicht einer Verfügung von Todes wegen bedienen; folglich weicht er in das lebzeitige Schenkungsrecht aus. Andererseits will der Schenker zu seinen Lebzeiten gegenüber dem zu Beschenkenden seine Entscheidungsfreiheit behalten. Weiß aber der zu Beschenkende schon zu Lebzeiten des Schenkers von der Schenkung auf den Todesfall, weil sie ihm gegenüber in die Wege geleitet worden ist, so kann bei ihm eine gewisse Erwartungshaltung entstehen, die der Schenker dann möglicherweise nicht mehr zu enttäuschen wagt. Dieses Gefühl des "Verpflichtetseins" will der Schenker von vornherein vermeiden. Deshalb sieht er davon ab, die Schenkung schon zu seinen Lebzeiten direkt gegenüber dem zu Beschenkenden in die Wege zu leiten.

1 Vgl. Kipp-Coing § 81 I 3; Brox RdNr. 715 ff; von Lübtow S. 1239 ff.

2 Vgl. Harder FamRZ 1976, 418, 427; Kümpel WM 1977, 1186, 1188; Lange-Kuchinke § 31 I 6 e.

I. Mittelspersonen des Beschenkten

Weitgehend unproblematisch und aus der weiteren Erörterung schon hier auszuscheiden sind die Fälle, in denen eine Mittelsperson auf der Seite des Zuwendungsempfängers eingeschaltet ist.¹ In der Praxis sind diese Fälle nicht sonderlich häufig, da sie sich nicht aus dem eben genannten Geheimhaltungsbedürfnis des Zuwendenden ergeben. Das Interesse des Zuwendenden, zu seinen Lebzeiten seine beabsichtigte Zuwendung gegenüber dem Zuwendungsempfänger geheim zu halten, kann nämlich nur durch eine Mittelsperson auf der Seite des Zuwendenden verwirklicht werden und nicht durch eine Mittelsperson im Machtbereich des Zuwendungsempfängers, auf die der Zuwendende keinen Einfluß ausüben kann. Hinter diesen Konstellationen (Mittler auf der Seite des Zuwendungsempfängers) steht also nicht ein Parteiinteresse, das sie bewußt herbeiführt; sie ergeben sich vielmehr zufällig.

1. Mittelspersonen des Beschenkten, die "aktiv" und "passiv" tätig werden können.

Überhaupt keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn es sich bei den Mittelspersonen des Zuwendungsempfängers um solche handelt, die sowohl das Angebot des Zuwendenden empfangen als auch die Annahme des Zuwendungsempfängers vermitteln können. In Betracht kommen insoweit Vertreter bzw. Boten, die zugleich Passiv- als auch Aktivvertreter bzw. zugleich Empfangsboten als auch Erklärungsboten sind. Die Einigung vollzieht sich hier zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger

¹ Ausführlich erörtert werden diese Fälle ausschließlich bei Brox RdNr. 715 ff.

genauso als wenn der Zuwendungsempfänger persönlich gehandelt hätte. Der Zuwendungsempfänger erlangt in dem Augenblick, in dem zwischen seinem Stellvertreter bzw. Boten und dem Zuwendenden der rechtsgeschäftliche Tatbestand vollendet wird, eine bestimmte Rechtsposition, deren Umfang sich nach dem Inhalt der Einigung bestimmt. Stirbt dann der Zuwendende, bevor der Zuwendungsempfänger von dieser Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes Kenntnis erlangt hat, so hat dies auf diesen Umfang der Rechtsposition, die der Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zuwendenden erworben hat, keinen Einfluß mehr. Genauso wie bei einer Zweipersonen-Konstellation ist zu prüfen, ob diese Rechtsposition zu Lebzeiten des Zuwendenden für die Annahme einer Schenkung unter Lebenden ausreicht.

Der Umfang der Rechtsposition des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Zuwendenden wird bei der hier vorliegenden Konstellation nicht dadurch beeinflusst, daß anstelle des Zuwendungsempfängers sein Stellvertreter oder Bote gehandelt hat. Hätte der Zuwendungsempfänger selbst gehandelt, so hätte er dieselbe Rechtsposition in demselben Augenblick erworben wie er sie jetzt durch das Handeln seines Vertreters oder Boten erlangt hat. Somit sind diese Fälle auch so zu bewerten, als ob der Zuwendungsempfänger selbst gehandelt hätte. Also ist in diesen Fällen das Rechtsgeschäft unter Lebenden vollzogen, wenn es auch bei direkter Vornahme gegenüber dem Bedachten vollzogen gewesen wäre.¹

2. Mittelspersonen des Beschenkten, die nur "passiv" tätig werden können

Gewisse Schwierigkeiten ergeben sich erst in dem Augen-

¹ Vgl. Brox RdNr. 715.

blick, in dem durch die Einschaltung des Mittlers die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger zeitlich so weit hinausgeschoben wird, daß sie erst nach dem Tode des Zuwendenden eintritt. In dem hier zuerst erörterten Bereich (Mittler auf der Seite des Zuwendungsempfängers) ist dies der Fall, wenn der Mittler lediglich die Rechtsmacht hat, das Angebot des Zuwendenden zu empfangen (Passivvertreter bzw. Empfangsbote), und nach der Empfangnahme durch den Mittler, aber vor der Annahmeerklärung des Zuwendungsempfängers der Zuwendende stirbt. Hier kann man nicht sagen, daß der Umfang der Rechtsposition des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Zuwendenden durch die Einschaltung des Mittlers nicht beeinflußt wird. Folglich ist es auch nicht evident, daß diese Fälle genauso zu lösen sind, wie wenn der Zuwendungsempfänger selbst gehandelt hätte. Hat z.B. der Zuwendende das Angebot einer unwiderruflichen Handschenkung unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des Zuwendungsempfängers gegenüber dessen Empfangsmittler abgegeben und ist er dann gestorben, bevor der Zuwendungsempfänger dieses Angebot angenommen hat, so hat sich die Verfügungsmacht des Zuwendenden bezüglich des Schenkungsgegenstandes zu seinen Lebzeiten nicht vermindert. Hätte der Zuwendungsempfänger selbst gehandelt und das Angebot angenommen, so wäre noch zu Lebzeiten des Zuwendenden dessen Verfügungsmacht gemindert worden und ein Anwartschaftsrecht des Zuwendungsempfängers entstanden. Dies ist hier bei der Einschaltung des Empfangsmittlers aber nicht der Fall, da die, die Verfügungsmacht des Zuwendenden einschränkende, dingliche Einigung vor dem Tode des Zuwendenden nicht mehr zustandekommt. Zu seinen Lebzeiten besteht nur sein - allerdings mit dem Empfang durch den Empfangsmittler gem. § 130 Abs. 1 Satz 2 unwiderruflich gewordenes - Angebot. Diese Unwiderruflichkeit seiner

Willenserklärung gegenüber dem Zuwendungsempfänger vermindert aber noch nicht seine Verfügungsmacht. Solange das bedingte Verfügungsgeschäft noch nicht durch die Annahmeerklärung des Zuwendungsempfängers komplettiert ist, kann der Zuwendende noch wirksam zugunsten eines Dritten verfügen. Wird noch vor dem Tode des Zuwendenden und bevor der Zuwendungsempfänger die Annahme erklärt hat, zwischen dem Zuwendenden und einem Dritten ein Verfügungsgeschäft bezüglich des Zuwendungsgegenstandes vollendet, so wird diese Verfügung zugunsten des Dritten nicht gem. § 161 unwirksam, wenn später das bis dahin noch unvollkommene bedingte Verfügungsgeschäft zugunsten des Zuwendungsempfängers durch dessen Annahmeerklärung komplettiert wird.¹ Die Verfügung zugunsten des Dritten hat dann nämlich die Priorität vor der "ersten" Verfügung zugunsten des Zuwendungsempfängers, da der Verfügungstatbestand zugunsten des Dritten vor dem "ersten" Verfügungstatbestand vollendet war. Somit verliert der Schenker bei dieser Konstellation seine lebzeitige Verfügungsfreiheit nicht. Der Zuwendungsempfänger erwirbt nur dann, wenn der Schenker die eben beschriebene Verfügung zugunsten eines Dritten zwischenzeitlich nicht vornimmt. Das Schenkungs-geschäft ergreift objektiv den Zuwendungsgegenstand nicht mehr im lebzeitigen Vermögen des Schenkers. Nichtsdestoweniger haben wir es hier mit einer lebzeitigen Schenkung zu tun.

Obwohl die Verfügungsmacht des Zuwendenden diesem bis zu seinem Tode erhalten bleibt und dementsprechend der Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zuwendenden bezüglich des Zuwendungsgegenstandes keine gesicherte Rechtsposition erwirbt, liegt hier deshalb keine Verfügung von Todes wegen vor, weil der postmortale Erwerb des Zuwendungsempfängers und der Fortbestand der lebzeiti-

1 Daß der Zuwendungsempfänger noch nach dem Tode des Zuwendenden die Annahme erklären kann, ergibt sich aus § 153. Vgl. dazu genauer S.179

gen Verfügungsmacht des Zuwendenden von dem Schenker nicht intendiert sind, sondern auf dem "zufälligen Dazwischentreten des Todes" beruhen. Das Angebot des Zuwendenden auf Abschluß einer unwiderruflichen Handschenkung von Todes wegen soll noch zu Lebzeiten des Schenkers angenommen werden. Zwar soll der Vollrechtserwerb erst mit seinem Tode und dem Überleben des zu Beschenkenden eintreten, die Minderung der lebzeitigen Verfügungsmacht des Zuwendenden und der dieser Minderung entsprechende Anwartschaftserwerb des Zuwendungsempfängers sollen aber schon durch die Vereinbarung der bedingten Rechtsübertragung zu Lebzeiten des Zuwendenden herbeigeführt werden. Wäre der Zuwendende nicht "zufällig" vor der Annahmeerklärung des Zuwendungsempfängers gestorben, so wäre zu Lebzeiten des Schenkers seine Verfügungsmacht über den Zuwendungsgegenstand gemindert worden. Damit steht aber fest, daß der Wille des Verfügenden in der Sache nicht auf eine Verfügung von Todes wegen, sondern auf eine lebzeitige Verfügung ausgerichtet ist. Der Verfügende will seine Verfügungsfreiheit schon unter Lebenden beschränken. Er beabsichtigt dagegen nicht, sich seine Verfügungsfreiheit unter Lebenden vorzubehalten und den Verfügungsgegenstand dem Zuwendungsempfänger nur für den Fall zu vermachen, daß sich dieser Gegenstand im Augenblick seines Todes mangels anderweitiger lebzeitiger Verfügung noch im Nachlaß befindet. Daß objektiv durch den vorzeitigen Tod des Schenkers dieser - mangels Annahme seines Angebots vor seinem Tode - seine Verfügungsmacht zu seinen Lebzeiten uneingeschränkt behält, beruht ausschließlich auf dem "zufälligen" Dazwischentreten des Todes.

Ein solcher Zufall kann aber einer Willenserklärung, die nach dem Willen des Erklärenden auf ein Rechtsgeschäft unter Lebenden gerichtet ist und die dies auch in ihrem objektiven Erklärungstatbestand erkennen läßt, nicht den Charakter einer Verfügung von Todes wegen ver-

leihen. Eine solche Umgestaltung wäre mit der Funktion einer Willenserklärung nicht zu vereinbaren. Die Rechtsordnung gibt dem Einzelnen das Instrument der Willenserklärung an die Hand, damit er durch sie seine Rechtsverhältnisse privatautonom gestalten kann.¹ Wer aber seine Verfügungsmacht bezüglich eines Zuwendungsgegenstandes schon zu seinen Lebzeiten einschränken will, der will über diesen Gegenstand nicht erst von Todes wegen verfügen. Würde man wegen des vorzeitigen Todes des Zuwendenden, der objektiv bewirkt, daß der Zuwendende zu seinen Lebzeiten seine Verfügungsmacht nicht mehr verliert, die Willenserklärung des Zuwendenden als Verfügung von Todes wegen ansehen, so wäre dies eine unzulässige Unterstellung eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willens des Zuwendenden, nämlich des Willens, eine Nachlaßregelung zu treffen. Bei dieser Konstellation scheitert somit die Annahme einer Verfügung von Todes wegen an dem Prinzip der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, daß Willenserklärungen Instrumente privatautonom Handelns sind. In diesem Sinne sind Verfügungen von Todes wegen vom Verfügenden getroffene Nachlaßregelungen. Wer keine Nachlaßregelung trifft, der verfügt auch nicht von Todes wegen. Für ihn besteht also auch kein Anlaß, daß er sich der Formen bedient, die das Gesetz für die Verfügungen von Todes wegen vorsieht.

Sinn und Zweck des § 2301 ist es, deklaratorisch zum Ausdruck zu bringen, daß eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften durch die Wahl des lebzeitigen Rechtsgeschäftstyps "Schenkung" unzulässig ist. Was nur der äußeren Einkleidung nach eine Schenkung unter Lebenden, der Sache nach aber eine Verfügung von Todes wegen ist, soll auch nach den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen behandelt werden. Bei der hier vorliegenden

¹ Vgl. statt aller: Flume AT § 2; Larenz AT § 8; Enneccerus-Nipperdey AT § 145; jeweils m.w.N.

Fallkonstellation, bei der die Verfügungsmacht des Zuwendenden nach dessen Willen noch zu seinen Lebzeiten vermindert werden soll und bei der dies nur durch das "zufällige" Dazwischentreten des Todes des Schenkers verhindert wird, besteht indes keinerlei "Umgehungstendenz".¹ Dies beruht nicht darauf, daß ein Umgehungsgeschäft eine Umgehungsabsicht voraussetzt, die hier fehlt.² Für ein Umgehungsgeschäft ist keine besondere Umgehungsabsicht in dem Sinne erforderlich, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsfigur deshalb atypisch ausgestalten, weil sie auf einem Umweg Rechtsfolgen erzielen wollen, die die Rechtsordnung ausschließlich einer anderen Rechtsfigur vorbehalten hat, die ihnen aus irgendwelchen Gründen nicht zusagt. Es ist nicht erforderlich, daß die Parteien "umgehen" wollen; es reicht aus, daß sie tatsächlich umgehen. Dazu gehört aber, und insoweit kann man von einer subjektiven Umgehungstendenz sprechen, daß subjektiv Rechtswirkungen gewollt werden, die objektiv in den ausschließlichen Anwendungsbereich einer anderen Rechtsfigur gehören. Das Nichtvorliegen einer solchen Umgehungstendenz ergibt sich hier daraus, daß der Verfügende das essentielle Moment einer lebzeitigen Verfügung - Verminderung seiner lebzeitigen Verfügungsmacht - und nicht das essentielle Moment einer letztwilligen Verfügung - Vergabung des Nachlasses bei fortbestehender Verfügungsfreiheit unter Lebenden - verwirklichen will.

Scheitert somit die Annahme einer Verfügung von Todes wegen, so ist damit noch nicht automatisch eine wirksame Schenkung unter Lebenden gegeben. Theoretisch käme auch in Betracht, daß zwischen dem Zuwendenden und

1 Vgl. Boehmer ZAkDR 39, 610, 611.

2 Dazu, daß eine besondere Umgehungsabsicht nicht erforderlich ist, vgl. statt aller: Enneccerus-Nipperdey AT § 190 III.

dem Zuwendungsempfänger überhaupt kein wirksames Rechtsgeschäft zustandekommt, weil die gewollte lebzeitige Rechtswirkung objektiv nicht erreichbar und die objektiv erreichbare Nachlaßwirkung nicht gewollt ist. Davon kann aber keine Rede sein. Das "zufällige" Dazwischentreten des Todes ändert nichts daran, daß ein wirksames Angebot des Zuwendenden vorliegt, das auf eine lebzeitige Schenkung ausgerichtet ist. Dieses kann der Zuwendungsempfänger gem. § 153 wirksam annehmen. § 153 stellt klar, daß ein rechtswirksam gewordenenes Angebot eines Antragenden nach dessen Tod von dem Erklärungsempfänger mit der Wirkung angenommen werden kann, daß ein Vertrag mit den Erben des Antragenden zustandekommt. Diese Klarstellung, daß auch insoweit das Prinzip der Universalsukzession gilt (§§ 1922, 1967), war gesetzgeberisch angebracht, weil nach dem Erbfall die Erben die "Herren" des Nachlasses sind. Der Abschluß von Verträgen in bezug auf das ihnen angefallene Vermögen fällt in ihren Zuständigkeitsbereich. Es ist keine pure Selbstverständlichkeit, daß solche Verträge mit den Erben ohne deren Zustimmung abgeschlossen werden können. Dadurch, daß das BGB ein Angebot auch noch nach dem Tode des Anbietenden als ein annahmefähiges Angebot ansieht, stellt es dessen Erben so, als ob der Vertragschluß noch zu Lebzeiten des Anbietenden zustande gekommen wäre. Ist ein Angebot einmal wirksam geworden, so soll es keinen Unterschied machen, ob der Anbietende "zufällig" erst nach der Annahmeerklärung des Erklärungsempfängers oder ebenso "zufällig" schon vor dieser Annahmeerklärung stirbt. Im ersten Fall tritt wegen der Universalsukzession die Folge ein, daß der Vertrag für und gegen die Erben wirkt (§§ 1922, 1967). Das BGB will den zweiten Fall dem erstgenannten Fall gleichstellen, indem ein zu Lebzeiten des Antragenden zustandegewordenes Rechtsgeschäft vorliegt. Das BGB sieht somit den über § 153 zustandekommenden Vertrag in der

Sache als einen noch zu Lebzeiten des Anbietenden zustandegekommenen an. So betrachtet - als zu Lebzeiten des Schenkers zustandegekommene unwiderrufliche Handschenkung von Todes wegen betrachtet - liegt aber in unserem Fall eine formlos wirksame Schenkung unter Lebenden vor.¹

Somit kann es noch zu einer wirksamen Einigung bezüglich des Erwerbs des Zuwendungsgegenstandes und bezüglich der Schenkungscausa kommen. Der Zuwendungsempfänger kann damit noch nach dem Tod des Zuwendenden wirksam den Gegenstand erwerben. Dieser Erwerb wird dann durch eine wirksame Handschenkung unter Lebenden schuldrechtlich gerechtfertigt.²

1 Es ist also nicht so, daß allein aus der Tatsache, daß ein Vertrag mit Hilfe des § 153 zustandekommt, auf die Nichtanwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften geschlossen werden darf. Dies folgt daraus, daß "lebzeitige" Rechtsgeschäfte, die zu Lebzeiten der Parteien abgeschlossen werden, der Sache nach Verfügungen von Todes wegen sein können (z.B. reine Versprechensschenkungen auf den Todesfall). Dies gilt dann natürlich auch für Rechtsgeschäfte, die als zu Lebzeiten der Parteien zustandegekommen gelten. Aus § 153 ergibt sich nur, daß nicht allein schon aus der Tatsache des "zufällig" dazwischentretenden Todes ein erbrechtlicher Charakter des Rechtsgeschäftes folgt. Die vielfach zu findende Äußerung, daß § 153 eine Vorschrift sei, die dem Verkehrsrecht unter Lebenden angehöre (Staudinger-Boehmer Einleitung zu § 1922, § 26 RdNr. 19; Wieacker S. 271, 282; Harder S. 43, 44), darf also nicht als eine Äußerung über den materiellen Rechtscharakter der mit Hilfe des § 153 zustandekommenden Rechtsgeschäfte angesehen werden.

2 Im Ergebnis ebenfalls für lebzeitige Schenkung: Brox RdNr. 715; Erman-Hense § 2301 RdNr. 7; Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922, § 26 RdNr. 17 ff. Zu demselben Ergebnis kommen - allerdings von ihrem verfehlten Ansatzpunkt aus - die Autoren, die für den Schenkungsvollzug die Schenkungshandlung des Zuwendenden ausreichen lassen. Gegen einen Vollzug und damit für die Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen plädieren in diesen Fällen: Kipp-Coing § 81 V 2 b am Ende; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 20 ff.

Das für die Zweipersonen-Konstellation gefundene Ergebnis, daß die fortbestehende uneingeschränkte lebzeitige Verfügungsfreiheit des Zuwendenden eine Schenkung unter Lebenden ausschließt, ist somit für die hier erörterte Dreipersonen-Konstellation dahingehend zu modifizieren, daß die nicht gewollte Fortexistenz der Verfügungsfreiheit die Annahme einer Schenkung unter Lebenden nicht hindert. Solch ein zufälliges Fortbestehen ist bei einer reinen Zweierbeziehung ohne Einschaltung eines Mittlers nicht denkbar. Durch eine Einigung, an der der Zuwendende und der Zuwendungsempfänger unmittelbar beteiligt sind, tritt entweder eine Minderung der Verfügungsfreiheit des Zuwendenden ein, weil die Einigung diesen Inhalt hat, oder die Verfügungsfreiheit bleibt dem Zuwendenden uneingeschränkt erhalten, weil die Einigung einen solchen Inhalt hat. Ein Drittes gibt es nicht. Insbesondere kann es nicht geschehen, daß entgegen dem Willen des Verfügenden, eine Beschränkung seiner Verfügungsmacht zu seinen Lebzeiten nicht eintritt. Bei Einschaltung eines Mittlers kann es aber dazu kommen, daß die Verfügungsfreiheit nach dem Willen des Zuwendenden noch zu seinen Lebzeiten gemindert werden soll, daß die Mittlertätigkeit aber soviel Zeit in Anspruch nimmt, daß die Einschränkung der Verfügungsfreiheit zu Lebzeiten des Zuwendenden nicht mehr zustandekommt, weil dieser vorher stirbt.

Diese Modifikation steht in Übereinstimmung mit unserer Ausgangsüberlegung. Nach unserer Ausgangsthese liegt eine Verfügung von Todes wegen nur dann vor, wenn der Verfügende eine Regelung in bezug auf seinen Nachlaß treffen will. Diese subjektive Komponente kommt bei einer Zweipersonenbeziehung nicht zum Tragen, weil dort bezüglich der Verminderung der lebzeitigen Verfügungsmacht subjektiv Gewolltes und objektiv Erreichtes immer übereinstimmen. Bleibt dort die lebzeitige Verfügungsfreiheit des Verfügenden uneingeschränkt, so ist

dies auch bewußt und gewollt herbeigeführt. Bei der Einschaltung eines Mittlers können subjektiv Gewolltes und objektiv Erreichtes auseinanderfallen. Die lebzeitige Verfügungsfreiheit des Verfügenden kann bis zu seinem Tode uneingeschränkt fortbestehen, obwohl er dies nicht gewollt hat. Hier kommt nun die der Verfügung von Todes wegen immanente subjektive Komponente zum Tragen. Ein Rechtsgeschäft wird nicht allein deshalb zum Rechtsgeschäft "mortis causa", weil es sich objektiv erst auf den Nachlaß auswirkt, sondern es ist erst dann ein Rechtsgeschäft "mortis causa", wenn es auch subjektiv als Nachlaßregelung intendiert ist.

II. Mittelspersonen des Schenkers

Eine ähnliche Konstellation kann sich auch bei der Einschaltung eines Mittlers auf der Seite des Zuwendenden ergeben. Nämlich dann, wenn der Mittler des Zuwendenden (Aktivvertreter oder Erklärungsbote) zu dessen Lebzeiten mit einem Schenkungsangebot losgeschickt wird, das auf eine vollzogene Schenkung gerichtet ist, also z.B. mit dem Angebot einer unwiderruflichen Handschenkung von Todes wegen, und dieses Angebot den Zuwendungsempfänger per Mittler "zufällig" erst in einem Augenblick erreicht, in dem der Zuwendende schon nicht mehr lebt. Auch diese Konstellation ist in der Praxis nicht besonders häufig, da auch sie nicht durch das Geheimhaltungsinteresse des Schenkers bewußt herbeigeführt wird, sondern darauf beruht, daß der Tod "zufällig" bei einem Erwerbsvorgang dazwischentritt, der als rein lebzeitiger geplant war.¹ Zwar soll der endgültige Erwerb erst

¹ Ein Beispiel für diese Konstellation ist der berühmte Bonifatius-Fall RGZ 83, 223 ff.

mit dem Tode des Zuwendenden und dem Überleben des Zuwendungsempfängers eintreten, aber die Verminderung der Verfügungsmacht des Schenkers soll schon zu seinen Lebzeiten stattfinden. Dies ist aber das essentielle Merkmal der lebzeitigen Verfügungen. Auch hier ist also eine lebzeitige Verfügung intendiert.

Objektiv wird aber wiederum das Merkmal der Einschränkung der lebzeitigen Dispositionsbefugnis des Schenkers nicht verwirklicht, weil es zu Lebzeiten des Schenkers nicht mehr zur Einigung mit dem Zuwendungsempfänger kommt. Hierin liegt die Parallele zu der eben behandelten Fallgruppe. Demgegenüber stellt es aber einen Unterschied dar, daß bei der hier vorliegenden Konstellation, im Gegensatz zu der vorher behandelten, zu Lebzeiten des Schenkers noch nicht einmal ein ihn bindendes Angebot gegeben ist. Es fragt sich, ob es eine Rolle spielen kann, daß die zufällig nicht erfolgende Einschränkung der lebzeitigen Verfügungsmacht des Schenkers schon darauf beruht, daß es zu Lebzeiten des Schenkers noch nicht einmal zu einem ihn bindenden Angebot kommt, und nicht erst darauf, daß ein den Schenker bindendes Angebot nicht mehr zu seinen Lebzeiten angenommen wird. In beiden Fällen tritt die Minderung der lebzeitigen Verfügungsmacht "zufällig" nicht ein, weil der Tod des Schenkers vor Beendigung der Mittlertätigkeit dazwischentritt. In beiden Fällen will der Schenker ein lebzeitiges Rechtsgeschäft vornehmen. Es fragt sich nur, ob es unser Recht in beiden Fällen gleichermaßen zuläßt, daß aus diesem Willen Wirklichkeit wird. Im hier jetzt zu erörternden Fall wird das Zuwendungsgeschäft noch nicht einmal teilweise zu Lebzeiten des Schenkers verwirklicht; es wird vielmehr in seiner Gänze nach seinem Tode vorgenommen. In den Fällen des Empfangsmittlers, der die bindend gewordene Erklärung des Zuwendenden erst nach dessen Tod dem Erklärungsempfänger übermittelt, genügt eine Anwendung des § 153, um zu einer wirksamen

Einigung zwischen den Erben des Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger zu gelangen. In diesen Fällen birgt das Wirksamwerden des Angebots keinerlei Problematik. Es wird vom Zuwendenden selbst gegenüber dem Empfangsmittler abgegeben. In den jetzt zu erörternden Fällen liegt die erste Problematik schon beim Wirksamwerden des Angebots. Das Angebot wird erst nach dem Tode des Zuwendenden gegenüber dem Zuwendungsempfänger erklärt. Das Wirksamwerden des Angebots kommt also erst zu einem Zeitpunkt in Betracht, in dem schon die Erben die "Herrn" des Nachlasses sind. Es fragt sich hiermit zuerst, inwieweit ein solches postmortales Wirksamwerden einer Angebotserklärung möglich ist. Nur in dem Umfang, in dem dies möglich ist, kann aus dem auf ein lebzeitiges Rechtsgeschäft gerichteten Willen Wirklichkeit werden.

Für die Untersuchung dieser Frage muß zwischen Botenfällen und Stellvertretungsfällen unterschieden werden, da das Gesetz für das postmortale Wirksamwerden einer von einem Boten überbrachten Willenserklärung und für die Wirksamkeit einer von einem Stellvertreter nach dem Tode des Geschäftsherrn abgegebenen Willenserklärung verschiedene Regelungen getroffen hat. Im ersten Fall gilt die Regelung des § 130 Abs. 2, im zweiten Fall die der §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1.

1. Die Botenfälle

Nach § 130 Abs. 2 kann eine Willenserklärung auch dann noch wirksam zugehen, wenn der Erklärende nach der Abgabe der Erklärung stirbt. Diese Regelung ist in ihrer Bedeutung und ihrem Umfang zu erläutern, weil ganz allgemein in den Fällen, in denen auf der Seite des Zuwendenden ein Bote tätig wird, der das Angebot des Schenkers erst nach dessen Tode überbringt, eine wirksame

Einigung zwischen Schenker und zu Beschenkendem nur über § 130 Abs. 2 zustandekommen kann.

Nachdem der Gesetzgeber des BGB's für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Abwesenden - also z.B. für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, die durch einen Boten des Erklärenden dem Erklärungsempfänger übermittelt wird - in § 130 Abs. 1 den Theorienstreit des Gemeinen Rechts zugunsten der Empfangstheorie und zuungunsten der Außerungstheorie und Entäußerungstheorie entschieden hatte,¹ stellte sich für ihn zwangsläufig die Frage, welchen Einfluß es auf das Wirksamwerden einer Willenserklärung haben sollte, wenn der Erklärende zwischen Entäußerung und Empfang der Willenserklärung stirbt.² Nach den dogmatischen Vorstellungen des Gemeinen Rechts hätte es nahegelegen, der Willenserklärung in jedem Fall ihre Wirkung zu versagen, weil eine solche Willenserklärung im Augenblick ihres Wirksamwerdens nicht mehr von einem realen Willen des Erklärenden getragen wird.³ Diese Lösung haben die Verfasser des BGB's aus Gründen des Verkehrsschutzes abgelehnt.⁴ Der Erklärungsempfänger kann der übermittelten Willenserklärung im Augenblick des Empfangs nicht ansehen, daß ihr Absender inzwischen verstorben ist. Demgemäß wird er die Willenserklärung für wirksam halten und sich dementsprechend in seinen Vorkehrungen und Dispositionen, die insbesondere auch wirtschaftlicher Art sein können, einrichten. Wäre die Willenserklärung nun unwirksam, weil der Erklärende im

1 Vgl. Motive Mugdan Bd. I S. 438, 439; Lehmann-Hübner AT § 32.

2 Für Äußerungs- und Entäußerungstheorie konnte dagegen der Erklärende im Augenblick des Wirksamwerdens der Willenserklärung noch nicht tot sein. Es handelt sich um eine Problematik, die aus der Bejahung der Empfangstheorie folgt.

3 Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey AT § 159 I.

4 Motive Mugdan Bd. I S. 439, 440.

Augenblick des Zugangs schon tot war, "so würde der Empfänger unverschuldet in eine mißliche, u.U. mit erheblichen Nachteilen für ihn verbundene Lage geraten".¹ Wollte der Empfänger diese Nachteile vermeiden, so mußte er sich bei jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Abwesenden vor Vornahme seiner eigenen Vorkehrungen und Dispositionen erkundigen, ob der Erklärende zum Zeitpunkt des Empfangs der Willenserklärung noch gelebt hat. Dies wäre aber für den Rechtsverkehr so hinderlich, daß es nicht in Kauf genommen werden kann. Folglich ist in § 130 Abs. 2 die Regelung getroffen worden, daß es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung keinen Einfluß hat, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung stirbt.

Auf den ersten Blick scheint es so, als brauchte diese Regelung des § 130 Abs. 2 nur in dem Fall zu gelten, in dem der Erklärungsempfänger beim Empfang der Willenserklärung den inzwischen eingetretenen Tod des Erklärenden nicht kennt. Kennt er ihn nämlich, so ist er nicht schutzwürdig.² Er weiß dann nämlich, daß durch den Empfang eine Willenserklärung mit Wirkung für und gegen die Erben wirksam werden soll, die nicht auf dem Willen dieser Erben, sondern auf dem Willen des Erblassers beruht. Nach dem Tode des Erblassers und dem damit verbundenen Übergang des Vermögens vom Erblasser auf die Erben (§ 1922) sind aber die Erben für den Ab-

1 Motive Mugdan Bd. I S. 440.

2 Diese fehlende Schutzwürdigkeit fand in der Regelung des Gemeinen Rechts ihren Ausdruck. Nach dieser Regelung war die Erklärung unwirksam, wenn der Erklärende vor dem Zugang seiner Erklärung starb. Der Schutz des Erklärungsempfängers wurde dadurch realisiert, daß die Erben des Erklärenden ihm zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet waren. Diese Verpflichtung bestand aber nur, wenn der Erklärungsempfänger beim Zugang von dem Tod keine Kenntnis hatte. Vgl. Windscheid, Pandekten II, § 307 Ziff. 2.

schluß von Rechtsgeschäften zuständig, die dieses Vermögen betreffen sollen. Sie sind es auch, für die ein noch vom Erblasser beauftragter Bote von dem Augenblick an handelt, in dem der Erblasser stirbt. Eine ältere Lehre,¹ die annahm, daß der Mittler bei diesen noch vom Erblasser angebahnten Rechtsgeschäften auch noch nach dessen Tode für den Erblasser handelt, bedarf angesichts des § 1922 keiner weiteren Widerlegung.² Es ist nun zwar so, daß die gesamte Pflichtenstellung des Erblassers gem. §§ 1922, 1967 auf die Erben übergeht. Die Erben haften somit für alle vom Erblasser begründeten Verbindlichkeiten, auch für bedingte und befristete, bei denen die Bedingung oder der Fristablauf erst nach dem Tode des Erblassers eintritt;³ ebenso sind die Erben an schon zu Lebzeiten des Erblassers bindend gewordene Anträge des Erblassers gebunden. Daß auch insoweit der Grundsatz der Universalsukzession gilt, wird durch § 153 klargestellt. Hier liegt aber zu Lebzeiten des Erblassers noch nichts anderes vor als eine von diesem abgegebene, aber noch unwirksame Willenserklärung, die sich auf dem Wege zum Erklärungsempfänger und damit auf dem Wege zur Wirksamkeit befindet. Zu Lebzeiten des Erblassers besteht noch keinerlei Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem Erklärungsempfänger, die auf die Erben übergehen könnte. Vielmehr wird durch den Zugang der noch von dem Erblasser stammenden Willenserklärung beim Erklärungsempfänger und durch dessen Annahmeerklärung originär eine Rechtsbeziehung zwischen den Erben und dem Erklärungsempfänger begründet. Für Rechtsgeschäfte dieser Art sind aber ausschließlich die Erben zuständig. Somit muß es prinzi-

1 Endemann Bd. III Hb. 1 § 30 V a 1; Leonhard IhJb. 86, 1 ff.

2 Vgl. dazu Flume AT § 51 Z 5 a; Finger NJW 1969, 1624.

3 Vgl. statt aller: BGH BB 1968, 152; Palandt-Keidel § 1967 Anm. 2; Staudinger-Lehmann § 1967 RdNr. 5.

piell auch auf ihren Willen ankommen; darauf, ob sie dieses Rechtsgeschäft, das jetzt erst vorgenommen wird, wollen. Der Erklärungsempfänger, der beim Zugang der noch vom Erblasser abgegebenen Willenserklärung den inzwischen eingetretenen Tod des Erblassers kennt, verdient keinen Schutz, weil man nicht vom wirksamen Zustandekommen eines Vertrages ausgehen darf, wenn man positiv weiß, daß der potentielle Vertragspartner seinen Willen noch gar nicht geäußert hat. Von der Interessenlage zwischen den Erben und dem "bösgläubigen" Erklärungsempfänger her erscheint es somit als interessengerecht, in diesem Fall das Angebot des Erblassers erlöschen zu lassen.

Das Gesetz macht indessen in § 130 Abs. 2 diese Einschränkung nicht. Auch in den Gesetzesmaterialien zu § 130 finden sich keinerlei Hinweise darauf, daß die Gesetzesverfasser eine solche Einschränkung erwogen haben. Auch in Rechtsprechung und Rechtslehre wird sie nicht befürwortet, ja noch nicht einmal erörtert. Die Begründung dafür kann nur in den Gesichtspunkten des Verkehrsschutzes und der Rechtsklarheit liegen. Würde der Anwendungsbereich des § 130 Abs. 2 beim Vorliegen gewisser subjektiver Voraussetzungen auf der Seite des Erklärungsempfängers - Kenntnis, womöglich auch grob fahrlässige Unkenntnis vom Tod des Erklärenden - eingeschränkt, wo würden Streitigkeiten und Unsicherheiten geradezu heraufbeschworen. Die Erben, die häufig mit den Rechtsgeschäften des Erblassers, seiner "Geschäftspolitik" nicht einverstanden sind, würden dazu herausgefordert, die Bösgläubigkeit des Erklärungsempfängers zu behaupten. Zwar würden die Erben im Fall des Prozesses nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für diese Bösgläubigkeit tragen,¹

¹ Vgl. die jeweils im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kommende Beweislastverteilung bei §§ 932 I, 990 I, 1007 I.

aber dies würde sicherlich nicht alle Erben davon abhalten, solche Prozesse zu führen. Insbesondere würde es vorprozessuale Streitigkeiten nicht verhindern. Kame es zum Prozeß, so müßten - erfahrungsgemäß schwierige - Beweisaufnahmen über innere Tatsachen durchgeführt werden. Mit der Möglichkeit von vorprozessualen Streitigkeiten, im Extremfall mit der Möglichkeit von Prozessen und dann auch mit dem Prozeßrisiko solcher Prozesse müßte jeder Erklärungsempfänger rechnen, dem eine Willenserklärung unter Abwesenden durch einen Mittler übermittelt wird. Wer sich als Erklärungsempfänger gegen diese Risiken absichern wollte, müßte, bevor er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der zugegangenen Willenserklärung Vermögensdispositionen trifft, Erkundigungen darüber einziehen, ob der Erklärende im Zeitpunkt des Zugangs seiner Willenserklärung noch gelebt hat. Ein in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger Erklärungsempfänger würde dies sicher nicht in allen Fällen, in denen ihm eine Willenserklärung durch einen Mittler übermittelt wird, für notwendig halten müssen, aber es lassen sich unschwer Fälle denken - ein alter und gebrechlicher Geschäftspartner lebt in Konflikt mit seinen Erben -, in denen eine solche Erkundigung ratsam erscheinen würde. Eine solche "Obliegenheit" würde die Schnelligkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs beeinträchtigen. Der § 130 Abs. 2 soll aber gerade dem Verkehrsschutz dienen.¹ Es stellt somit nur ein "zu Ende Denken" der ratio des § 130 Abs. 2 (Verkehrsschutz) dar, wenn das Wirksamwerden einer einmal vom Erklärenden abgegebenen Willenserklärung durch den später eintretenden Tod des Erklärenden nicht mehr beeinträchtigt werden kann, gleichgültig welche subjektiven Voraussetzungen beim Erklärungsempfänger vorliegen. Der Schutz des an und für sich nicht schutzwürdigen bösgläubigen

¹ Vgl. dazu auch Enneccerus-Nipperdey AT § 159.

Erklärungsempfängers ist in Kauf zu nehmen, weil nur so ein effektiver Verkehrsschutz gewährleistet wird.

Dieses Ergebnis läßt sich auch gegenüber den Interessen der Erben rechtfertigen, weil diese Interessen, die bei dieser Lösung zurückgesetzt werden, obwohl sie an und für sich schutzwürdiger sind als die Interessen eines bösgläubigen Erklärungsempfängers, nicht so schwerwiegend sind, daß sie einer generellen Lösung zugunsten des Verkehrsschutzes entgegenstehen könnten. Ein Parallelfall mag dies verdeutlichen. Der Gedanke eines effektiven Verkehrsschutzes vermag nicht unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Erwerbers den Erwerb von Nichtberechtigten zu rechtfertigen, obwohl auch hier die Differenzierung von Gut- und Bösgläubigkeit den Verkehrsschutz beeinträchtigt. Hier geht es nicht an, den Schutz des bösgläubigen Erwerbers in Kauf zu nehmen, um den gutgläubigen Erwerber effektiv zu schützen. Für eine solche Regelung ist das Erhaltungsinteresse des wahren Berechtigten zu schwerwiegend. Daß im Fall des § 130 Abs. 2 die Interessen der Erben nicht so gewichtig sind, ergibt sich aus der Tatsache, daß ihre Rechtsposition nur eine aus der Rechtsposition des Erblassers abgeleitete Position ist. Sie haben diese Position so hinzunehmen, wie sie der Erblasser hinterläßt. Tritt der Tod des Erblassers zufällig erst zu einem Zeitpunkt ein, in dem der Mittler das Angebot schon überbracht und der Erklärungsempfänger es auch schon angenommen hat, so ist die Rechtslage so, daß die Erben gem. §§ 1922, 1967 den zum Zeitpunkt des Erbfalles schon perfekten Vertrag erfüllen müssen. Die Erben müssen diese Vermögensdisposition, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten als dafür Zuständiger in bezug auf sein Vermögen getroffen hat, hinnehmen. Dann erscheint es aber auch nicht übermäßig unbillig, wenn die Erben es bei einem zufällig früher eintretenden Tod des Erblassers im Interesse des Verkehrsschutzes hinnehmen

müssen, daß vom Erblasser noch auf den Weg gebrachte Willenserklärungen dem Erklärungsempfänger, sofern den Erben kein rechtzeitiger Widerruf gelungen ist, noch wirksam zugehen können, wobei es gleichgültig ist, ob der Erklärungsempfänger gut- oder bösgläubig ist.

Diese vom Verkehrsschutz her für den Fall des nach Abgabe einer Willenserklärung versterbenden Erklärenden gebotene Lösung liegt auch im Interesse der allgemeinen Rechtsklarheit. Einmal abgegebene und unwiderrufen zugegangene Willenserklärungen werden generell wirksam, unabhängig davon, ob der Erklärende zufällig¹ vor oder nach dem Zugang der Erklärung verstorben ist, und auch unabhängig davon, ob im ersten Fall der Erklärungsempfänger beim Zugang von diesem Tod Kenntnis hatte. Nur eine solche generelle Lösung schafft allgemeine Klarheit. Nach einer solchen Klarheit besteht z.B. dann ein Bedürfnis, wenn es um dingliche Zuordnungsänderungen geht; insbesondere dort, wo diese - wie etwa bei Forderungen - publizitätslos möglich sind.

Das Gesetz behandelt aus diesen Gründen in § 130 Abs. 2 die Erben so, als ob es dem Erklärenden noch gelungen wäre, zu seinen Lebzeiten den Zugang seiner Willenserklärung zu bewirken. Nach § 153, der nur darauf abstellt, daß der Antragende vor der Annahme verstirbt, und nicht danach unterscheidet, ob dieser Tod vor² oder

1 Wir beschäftigen uns hier nur mit dem "zufällig dazwischentretenden Tod", nicht dagegen mit dem Fall, daß der Erklärende bewußt dafür sorgt, daß seine Erklärung erst nach seinem Tode zugeht. Das Kriterium, das es erlaubt, die Interessen der Erben zurückzustellen, liegt vielmehr gerade darin, daß ein zu Lebzeiten des Erklärenden zustandekommendes Rechtsgeschäft, das gem. § 1967 gegen die Erben wirkt, nur "zufällig" scheitert.

2 Insoweit weist die Regelung des § 153 - ebenso wie die des § 130 II - konstitutiven Charakter auf. Aus dem Grundsatz der Universalsukzession folgt es nämlich nicht, daß Willenserklärungen, die im Augenblick des Erbfalls noch nicht wirksam sind, noch nach dem Tode des Erklärenden mit Wirkung gegen die Erben wirksam werden und angenommen werden können.

nach Zugang des Antrags erfolgt, kann diese Willenserklärung auch noch angenommen werden. Indem § 130 Abs. 2 das Angebot des inzwischen Verstorbenen noch durch Zugang wirksam werden und § 153 es noch annahmefähig sein läßt, macht das Gesetz deutlich, daß es die rechtsgeschäftliche Regelung, die so zustandekommt, in der Sache so ansieht, als wenn sie noch zu Lebzeiten des Anbietenden zustande gekommen wäre.¹

Wäre aber in dem hier erörterten Fall des nach dem Tode des Schenkers zugehenden Angebots zu einer unwiderruflichen Handschenkung auf den Todesfall das Rechtsgeschäft noch zu Lebzeiten des Schenkers zustandegekommen, so hätte eine formlos wirksame Schenkung unter Lebenden vorgelegen. Wir können somit feststellen, daß auch bei dieser Fallkonstellation der auf eine Schenkung unter Lebenden gerichtete Wille des Schenkers zu einer formlos wirksamen Handschenkung unter Lebenden führt. Die zufällig fortbestehende lebzeitige Verfügungsmacht des Schenkers bezüglich des Zuwendungsgegenstandes vermag wiederum nicht einen erbrechtlichen Charakter des Rechts-

1 Um Irrtümern vorzubeugen, sei gleich klargestellt, daß die §§ 130 Abs. 2, 153 nicht aus einem Rechtsgeschäft, das in der Sache eine Verfügung von Todes wegen darstellt, ein lebzeitiges Rechtsgeschäft machen. Geht z.B. das Angebot zu einer reinen Versprechensschenkung auf den Todesfall dem Zuwendungsempfänger erst nach dem Tode des Anbietenden zu, so bleibt es dabei, daß in der Sache eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die nur in erbrechtlicher Form wirksam sein kann. Dies wäre auch dann der Fall gewesen, wenn die Versprechensschenkung vor dem Tode des Anbietenden vollendet worden wäre. Die §§ 130 Abs. 2, 153 besagen nur, daß der "zufällige" Tod des Erklärenden auf eine vom Erklärenden auf den Weg gebrachte Willenserklärung keinen Einfluß ausüben soll. Die Rechtslage soll so sein, als wenn der Erklärende den Zugang und die Annahme noch erlebt hätte. Wäre dann das Rechtsgeschäft nur der Einkleidung nach ein lebzeitiges, der Sache nach aber ein erbrechtliches gewesen, so ändert sich daran durch das postmortale Zustandekommen nichts.

geschäfts zu begründen.

Auch diese Fälle, in denen ein Bote des Zuwendenden ein Angebot zu einer Schenkung, die ihrem Inhalt nach vollzogene Schenkung ist, zufällig erst nach dem Tode des Schenkers überbringt, unterfallen nicht dem Regelungsbereich der Verfügungen von Todes wegen.

Im Ergebnis ebenso entscheiden die Vertreter der subjektiven Theorie, die allerdings - ihrem verfehlten Ausgangspunkt gemäß - § 2301 Abs. 2 hier deshalb anwenden, weil der Schenker mit der Abgabe der Willenserklärung alles getan hat, was er tun muß, um den Schenkungserfolg herbeizuführen.¹

Andere Autoren wiederum wollen den erbrechtlichen Formzwang in diesen Fällen nur dann nicht anwenden, wenn im Innenverhältnis zwischen dem Zuwendenden und seinem Boten der Zuwendende sich die Hände in der Weise gebunden hat, daß er dieses Innenverhältnis nicht mehr widerrufen kann.² Diese fehlsame Betrachtungsweise hat letztlich ihren Grund wohl darin, daß diese Autoren nicht von den vorgegebenen Funktions- und Strukturunterschieden der Verfügungsarten ausgehen, sondern der Anwartschaftstheorie³ oder der Opfertheorie⁴ anhängen.

1 Hinz JuS 1965, 299, 303; Röttemann NJW 1959, 662; Wieacker S. 279, 281, 282; Kegel S. 54, 55. Widersprüchlich ist die Stellungnahme von Lange-Kuchinke, die von einem subjektiven Standpunkt ausgeht, dies aber anscheinend bei den Mittlerfällen nicht konsequent durchhalten will; vgl. § 31 III 4 b; einerseits S. 458 und andererseits S. 459, 460.

2 So: Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922, § 26 RdNr. 17, 18; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2 c; Palandt-Keidel § 2301 Anm. 3 a; Erman-Hense § 2301 RdNr. 7 - nicht ganz widerspruchsfrei, vgl. einerseits Anm. 3 b, andererseits 3 c.

3 So: Boehmer, Schlüter, Hense a.a.O.

4 So: Keidel a.a.O.

Für eine an den Strukturunterschieden der Verfügungsarten orientierte Betrachtungsweise folgt die Nichtanwendbarkeit der erbrechtlichen Normen in dieser Konstellation daraus, daß der Schenker mit dem zu Beschenkenden eine Regelung herbeiführen will, die seine lebzeitige Verfügungsmacht einschränken soll, und nicht eine Nachlaßregelung treffen will. Der überhaupt nicht auf eine Nachlaßregelung gerichtete Wille ist das entscheidende Argument dafür, daß Normen, die sich auf eine Verfügung von Todes wegen beziehen, nicht zur Anwendung kommen können.

Das Nichtvorhandensein eines solchen Willens wird aber nicht davon berührt, ob das Innenverhältnis zum Boten unwiderruflich oder widerruflich ausgestaltet ist. Dieses Innenverhältnis berührt nicht die gegenüber dem Zuwendungsempfänger intendierte rechtsgeschäftliche Regelung. Diese - unwiderrufliche Handschenkung von Todes wegen - ist Schenkung unter Lebenden; unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis zum Boten unwiderruflich oder widerruflich gestaltet ist. In beiden Fällen will der Schenker gegenüber dem zu Beschenkenden eine Schenkung unter Lebenden, nicht eine Nachlaßregelung. Der Unterschied der beiden Fälle besteht nur darin, daß der Schenker im Fall der widerruflichen Beauftragung - im Gegensatz zum Fall der unwiderruflichen Beauftragung - das Zustandekommen dieser Schenkung, die in beiden Fällen dieselbe ist, durch Widerruf des Auftrags verhindern kann. Die Unwiderruflichkeit oder Widerruflichkeit des Innenverhältnisses zum Boten wirkt sich nicht auf den Inhalt der rechtsgeschäftlichen Regelung aus, die mit dem Zuwendungsempfänger getroffen werden soll, sondern kann sich nur darauf auswirken, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Regelung - gleichgültig welchen Inhalts - mit diesem Empfänger zustandekommt. Es ist nicht ersichtlich, wie aus der Tatsache, daß ein Bote, der ein auf eine lebzeitige Schenkung gerichtetes An-

gebot überbringen soll, "zurückgerufen" werden kann, die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen folgen soll.

Wer dagegen von der Anwartschaftstheorie oder der Opfertheorie ausgeht, der steht in dieser Konstellation zuerst einmal schon der prinzipiellen Schwierigkeit gegenüber, daß zu Lebzeiten des Schenkers weder ein Opfer dieses Schenkers, noch ein Anwartschaftsrecht des Beschenkten ersichtlich ist. Es ist zu Lebzeiten des Schenkers nicht mehr passiert, als daß dieser eine Angebotserklärung auf den Weg gebracht hat. Hier rächt es sich nun, daß diese Theorien das subjektive Moment vernachlässigen, das darin liegt, daß eine Verfügung von Todes wegen eine vom Verfügenden auf den Nachlaß bezogene Anordnung ist. Da dieses subjektive Moment unberücksichtigt bleibt, suchen diese Autoren nach einer Differenzierung im objektiven Bereich und knüpfen den Vollzug demgemäß an die Unwiderruflichkeit der Beauftragung an.

Abgesehen davon, daß dies aus den oben genannten Gründen falsch ist, ist es auch nicht mit den Prämissen von "Opfer" und "Anwartschaft" zu vereinbaren, von denen diese Autoren ausgehen. Selbst wenn das Innenverhältnis zwischen Zuwendendem und Erklärungsmittler unwiderruflich ist, so berührt dies die dingliche Verfügungsmacht des Zuwendenden nicht. Beauftragt z.B. der Zuwendende einen Boten unwiderruflich, das Angebot zu einer Handschenkung auf den Todesfall dem Zuwendungsempfänger zu überbringen, und verfügt der Zuwendende dann, während der Bote noch unterwegs ist, zugunsten eines Dritten, so erwirbt dieser Dritte, da zu diesem Zeitpunkt eine die Verfügungsmacht des Zuwendenden einschränkende, den Zuwendungsgegenstand erfassende dingliche Einigung zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger noch nicht vorliegt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in diesen Fällen, in denen der Zuwen-

dende stirbt, bevor der Bote den Zuwendungsempfänger erreicht, die Verfügungsmacht des Zuwendenden zu seinen Lebzeiten nicht eingeschränkt wird. Die dingliche Einigung mit dem Zuwendungsempfänger, die dies bewirken würde, findet zu Lebzeiten des Zuwendenden nicht statt. Nur diese Einigung und nicht die rechtliche Ausgestaltung des den Verfügungsgegenstand gar nicht ergreifenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Zuwendenden und seinem Mittler vermag die Verfügungsmacht des Zuwendenden zu beeinflussen. Es kann also in diesen Fällen nicht die Rede davon sein, daß der Schenker schon zu seinen Lebzeiten ein Opfer erbringt, und auch nicht davon, daß der Zuwendungsempfänger schon zu Lebzeiten des Schenkers ein Anwartschaftsrecht erwirbt; und zwar auch dann nicht, wenn das Innenverhältnis zwischen Zuwendendem und Mittler unwiderruflich ausgestaltet ist. Von einem lebzeitigen Opfer des Zuwendenden her bzw. von einer Anwartschaft des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Zuwendenden her, die beide gerade nicht vorliegen, läßt sich hier die Nichtanwendbarkeit des Erbrechts nicht begründen. Sie folgt hier vielmehr daraus, daß keine Nachlaßregelung intendiert ist. Ein Abstellen auf die Unwiderruflichkeit der Beauftragung verkennt dies und verstößt außerdem noch gegen die "Opfer"- und "Anwartschafts"prämissen, von denen die Autoren ausgehen, die auf diese Unwiderruflichkeit abheben.

Die Widerruflichkeit spielt nur in dem ganz anderen Zusammenhang eine Rolle, daß - wie schon dargelegt und entgegen der h.M. - die intendierte Schenkungsvereinbarung eine unwiderrufliche sein muß, damit die Regeln des lebzeitigen Schenkungsrechts zur Anwendung kommen können. Soll bei dieser Schenkungsvereinbarung nur Widerruflichkeit vereinbart werden, so liegt das essentiell erbrechtliche Moment der bewußt und gewollt fortbestehenden Verfügungsmacht des Zuwendenden bezüglich

des Zuwendungsgegenstandes und somit eine intendierte Nachlaßregelung vor. Dabei ist es wiederum gleichgültig, ob der Auftrag an den Boten, das Angebot zu einer solchen Schenkungsvereinbarung zu überbringen, unwiderruflich oder widerruflich ist.

Die Unwiderruflichkeit oder Widerruflichkeit des internen Verhältnisses zwischen dem Zuwendenden und seinem Mittler tangiert die Verfügungsmacht des Zuwendenden bezüglich des Zuwendungsgegenstandes nicht. Da nur die Ausgestaltung des externen Geschäftes zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger Einfluß auf das essentielle Unterscheidungsmerkmal des gewollten Fortbestandes der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Schenkers haben kann, ist die Ausgestaltung des internen Verhältnisses zwischen Boten und Zuwendendem kein taugliches Unterscheidungskriterium zwischen nichtvollzogenen und vollzogenen Schenkungen von Todes wegen.

Insoweit ist der Ansatzpunkt der Autoren richtiger, die in diesen Fällen immer - also auch bei unwiderruflichem Innenverhältnis - eine vollzogene Schenkung ablehnen und infolgedessen in dieser Fallkonstellation immer die erbrechtlichen Formen Platz greifen lassen.¹ Zugunsten dieser Auffassung läßt sich anführen, daß sie konsequent auf die objektive Minderung des Vermögens des Schenkers abstellt. Sie fragt nicht danach, wie der Schenker zuwenden wollte, sondern danach, wie der Schenker tatsächlich zugewendet hat. Es läßt sich nun einmal nicht bestreiten, daß in diesen Fällen eine Vermögensminderung durch Einschränkung der lebzeitigen Verfügungsmacht beim Schenker nicht eintritt. Der Schenker kann - solange er lebt - über den Zuwendungsgegenstand noch anderweitig wirksam verfügen. Objektiv liegt in

¹ So: Kipp-Coing § 81 IV 2 c (12. Bearbeitung), nicht mehr so klar in der 13. Bearbeitung § 81 V 2 b; Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 21, 33, 34.

diesen Fällen zu Lebzeiten des Schenkers nicht mehr als eine "Vorbereitungshandlung" vor; nicht mehr als eine vom Schenker auf den Weg gebrachte Willenserklärung, die dem Beschenkten noch nicht einmal zugegangen ist.

Es ist aber schon gezeigt worden, daß eine solche Betrachtungsweise trotzdem fehlgeht. In diesen Fällen, in denen eine Diskrepanz zwischen der subjektiv gewollten Verminderung der lebzeitigen Verfügungsmacht und der objektiv erreichten Nachlaßwirkung besteht, kommt es für die Einordnung des Rechtsgeschäftes auf das subjektiv Gewollte an. Wer das essentielle Merkmal einer lebzeitigen Schenkung verwirklichen will und dies auch im äußeren Erklärungstatbestand seiner Willenserklärung zum Ausdruck bringt, der trifft keine Nachlaßanordnung, also keine Verfügung von Todes wegen. Wer aber keine Verfügung von Todes wegen trifft, für den besteht kein Anlaß, die erbrechtlichen Formen einzuhalten. Ein solches Rechtsgeschäft weist von vornherein nicht die Umgehungstendenz auf, an die § 2301 Abs. 1 anknüpft. Die intendierte Regelung ist der Sache nach eine lebzeitige Regelung. Außerdem wollen die §§ 130 Abs. 2, 153 ein in dieser zeitlichen Abfolge zustandegekommenes Rechtsgeschäft (Abgabe der Willenserklärung - zufälliger Tod des Erklärenden - Zugang der Erklärung - Annahmeerklärung des Erklärungsempfängers) in der Sache so angesehen wissen, als ob der Erklärende die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes noch erlebt hätte. Dann hätte bei dieser Konstellation aber eine formlos wirksame Schenkung unter Lebenden vorgelegen.

In diesem Zusammenhang ist es aber fehlsam, die Nichtanwendbarkeit des Erbrechts ausschließlich aus der Regelung der §§ 130 Abs. 2, 153 zu folgern.¹ Diese Rege-

¹ So aber: Brox RdNr. 715, 718; Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 10; Staudinger-Boehmer Einl. zu § 1922, § 26 RdNr. 19.

lung besagt nur, daß eine einmal abgegebene Willenserklärung durch den "zufällig" dazwischentretenden Tod des Erklärenden nicht ihre Eigenschaft verliert, durch Zugang wirksam und vom Erklärungsempfänger angenommen werden zu können. Die Rechtslage soll aus Verkehrsschutz- und Rechtsklarheitsgründen so sein, wie sie wäre, wenn der Erklärende die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes noch erlebt hätte. Damit kann es keinem Zweifel unterliegen, daß trotz Anwendung der §§ 130 Abs. 2, 153 durchaus noch erbrechtliche Normen Platz greifen können. Nämlich dann, wenn in der Sache eine Verfügung von Todes wegen vorliegt. Soll z.B. der Bote ausschließlich ein Angebot zu einer reinen Versprechensschenkung von Todes wegen überbringen und stirbt dann der Erklärende vor Zugang dieses Angebots, so kann es auch hier noch zu einem wirksamen Zugang gem. § 130 Abs. 2 und einer wirksamen Annahmeerklärung gem. § 153 kommen. Trotzdem finden aber erbrechtliche Normen Anwendung, weil dies auch dann der Fall gewesen wäre, wenn der Erklärende die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes noch erlebt hätte, und weil die Rechtslage so angesehen werden soll, als ob der Erklärende dies noch erlebt hätte. Die §§ 130 Abs. 2, 153 konstituieren nicht "materiell" einen lebzeitigen Charakter eines Rechtsgeschäfts. Das können sie auch gar nicht tun, weil die Frage, ob materiell ("in der Sache") ein lebzeitiges Rechtsgeschäft oder eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, sich nach dem Inhalt der rechtsgeschäftlichen Regelung beantwortet und die §§ 130 Abs. 2, 153 nicht auf den Inhalt der abgegebenen Willenserklärung abstellen. Das Eingreifen der §§ 130 Abs. 2, 153 bewirkt nur, daß das Rechtsgeschäft genauso zustandekommt, wie es zustandegekommen wäre, wenn der Erklärende die Annahme noch erlebt hätte. Ein zu Lebzeiten des Erklärenden zustandekommendes Rechtsgeschäft kann aber in der Sache eine Verfügung

von Todes wegen sein, wenn der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Regelung dahingeht, daß der Erklärende dem Erklärungsempfänger unentgeltlich etwas für den Fall zuwenden will, daß dieser ihn überlebt und er - der Erklärende - inzwischen unter Lebenden über den Zuwendungsgegenstand nicht anderweitig verfügt. Weist eine Regelung diese Merkmale auf, so ist sie als materiell erbrechtliche Regelung nach erbrechtlichen Regeln zu behandeln. Dies hat in § 2301 Abs. 1 seinen deklaratorischen Ausdruck gefunden. Dieser den rechtsgeschäftlichen Inhalt betreffende Grundsatz steht auf einer anderen Regelungsebene als die Regelung der §§ 130 Abs. 2, 153, die sich mit dem Zustandekommen von Rechtsgeschäften beschäftigt. Deshalb ist es unzutreffend, wenn die o.g. Autoren davon sprechen, daß die §§ 130 Abs. 2, 153 durch § 2301 Abs. 1 nicht verdrängt würden. Normen, die einen verschiedenen Regelungsbereich haben, können einander nicht verdrängen. Es ist vielmehr so, daß, wenn ein Rechtsgeschäft in der Sache eine Verfügung von Todes wegen darstellt, "§ 2301 Abs. 1" immer zur Anwendung kommt,¹ wobei es gleichgültig ist, ob der Erklärende die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes tatsächlich noch erlebt hat, oder ob die Rechtslage gem. den §§ 130 Abs. 2, 153 so angesehen wird, als ob er diese Vollendung noch erlebt hätte. Erbrechtliche Normen kommen dagegen bei einem gem. §§ 130 Abs. 2, 153 zustande gekommenen Rechtsgeschäft dann nicht zur Anwendung, wenn die für "§ 2301 Abs. 1" erforderliche Umgehungstendenz nicht vorliegt, weil der Verfügende seine Verfügungsmacht schon zu seinen Lebzeiten mindern will. Im übrigen ist noch anzumerken, daß die Autoren, die aus den §§ 130 Abs. 2, 153 eine endgültige "materielle" Zuordnung der diesen Vorschriften unterfallenden Rechts-

1 Genau genommen: Der hinter § 2301 Abs. 1 stehende allgemeine Grundsatz der Exklusivität der erbrechtlichen Formen.

geschäfte in den Bereich der (in der Sache !) lebzeitigen Rechtsgeschäfte folgern, zum Beweis ihrer These nicht darlegen müßten, daß die §§ 130 Abs. 2, 153 nicht durch "§ 2301 Abs. 1" verdrängt werden, sondern umgekehrt dartun müßten, daß die §§ 130 Abs. 2, 153 die Anwendung des "§ 2301 Abs. 1" ausschließen. Es ist aber nicht ersichtlich, wie eine institutionelle Abgrenzungsnorm - eine Norm, die anhand von inhaltlichen Kriterien Rechtsgeschäfte "mortis causa" von solchen "inter vivos" deklaratorisch abgrenzt - durch Vorschriften ausgeschlossen werden soll, die sich, ohne auf den Inhalt der jeweiligen Willenserklärungen einzugehen, mit dem Zugang und der Annahme von Willenserklärungen beschäftigen, die erst nach dem Tode des Erklärenden zugehen.

2. Der Sonderfall des bewußt und gewollt postmortal eingesetzten Boten

Eine besondere Fallgruppe stellen die Botenfälle dar, bei denen der Tod des Zuwendenden nicht "zufällig" während des Prozesses der Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes dazwischentritt, sondern bei denen das Handeln des Boten des Zuwendenden gegenüber dem Zuwendungsempfänger erst nach dem Tode des Zuwendenden einsetzt, weil der Zuwendende dies ganz bewußt so anordnet. Diese in ihrer Behandlung umstrittenen Fälle sind in der Praxis sehr häufig, weil bei dieser Konstellation das Geheimhaltungsinteresse des Zuwendenden vollauf befriedigt wird. Die Geheimhaltung gegenüber dem Erben ist deshalb gewährleistet, weil die Zuwendung nicht aufgrund einer letztwilligen Verfügung erfolgt. Die Geheimhaltung gegenüber dem Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zuwendenden ist deshalb gegeben, weil die Schenkung gegenüber dem Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zu-

wendenden ganz bewußt noch nicht in die Wege geleitet wird. In diesen Fällen wird das Überlebensmerkmal nicht zur Bedingung des Schenkungsgeschäftes zwischen Schenker und zu Beschenkendem gemacht, sondern durch die Ausgestaltung des Auftrags an den Boten realisiert. Typisch ist folgende Konstellation: Der Zuwendende erteilt in einer den erbrechtlichen Formen nicht genügenden Art und Weise seinem Boten den Auftrag, erst nach seinem Tode einer bestimmten Person - nur dieser Person, nicht etwa deren Erben - ein Handschenkungsangebot zu überbringen. Nachdem der Zuwendende gestorben ist, führt der Bote diesen Auftrag weisungsgemäß gegenüber dem Zuwendungsempfänger aus.

a) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 unter erbrechtlichen Gesichtspunkten

Hier stellt sich zuerst die Frage nach der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2; die Frage danach, ob hier gemäß § 130 Abs. 2 das Rechtsgeschäft so anzusehen ist, als ob es noch zu Lebzeiten des Zuwendenden zustandegekommen wäre. Wäre diese Frage zu verneinen; wäre es dem Zuwendenden also nicht gelungen, seine Zuwendung in einem Rechtsgeschäft vorzunehmen, das als ein noch zu seinen Lebzeiten zustandegekommenes gilt, so kämen von vorneherein zur Rechtfertigung der Zuwendung nur erbrechtliche Erwerbsgründe in Betracht. In Fällen, in denen - wie in unserem Beispielsfall - die erbrechtlichen Formen nicht gewahrt sind, brauchten dann keine weiteren Erörterungen angestellt zu werden. Wenn für eine Zuwendung, die tatsächlich nicht zu Lebzeiten des Zuwendenden erfolgt ist, keine Normen zur Verfügung stehen, aufgrund deren diese Zuwendung als zu Lebzeiten erfolgte angesehen werden kann, dann kommt von vorneherein nur eine Zuwendung von Todes wegen in Betracht, die der für sie vorgesehen Formen bedarf.

Die Frage geht also dahin, ob § 130 Abs. 2 auch auf den Fall des bewußt und gewollt postmortal herbeigeführten Zugangs einer Willenserklärung anwendbar ist. Die Rechtsprechung bejaht diese Frage in Schenkungsfällen dieser Art, ohne die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 überhaupt zu problematisieren.¹

Dies ist erstaunlich, weil die Rechtsprechung in einem anderen Zusammenhang sich der Problematik der Anwendung des § 130 Abs. 2 auf einen bewußt und gewollt postmortal herbeigeführten Zugang einer Willenserklärung durchaus bewußt ist. Gem. §§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 2 können bei einem gemeinschaftlichen Testament wechselbezügliche Verfügungen nur bei Lebzeiten der Ehegatten und nur durch eine notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten wirksam widerrufen werden. Hier ergibt sich die Frage, ob ein solcher Widerruf in der Weise erfolgen kann, daß der Widerrufende dem Notar die Anweisung gibt, erst nach seinem Tode seinen Widerruf dem überlebenden Ehegatten zu übermitteln. Die Wirksamkeit des Widerrufs könnte hier ebenfalls nur über § 130 Abs. 2 begründet werden. Hier hat indes der Bundesgerichtshof den § 130 Abs. 2 für unanwendbar erklärt, "wenn bei dem Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments der Erklärende bewußt den Zugang seiner Erklärung auf einen nach seinem Tode liegenden Zeitpunkt verzögert."²

1 BGHZ 46, 198, 203, 204; BGHZ 41, 95, 97; BGH NJW 1975, 382, 383; BGH NJW 1965, 1913, 1914; RGZ 128, 187, 189.

2 BGHZ 9, 233, 235. Das Reichsgericht, das in diesem Zusammenhang niemals einen Fall eines bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs des Widerrufs zu entscheiden hatte, hätte im Ergebnis wohl ebenso entschieden. In RGZ 65, 270, 272, 274 hat es den Widerruf bei "zufällig" dazwischentretendem Tod des Widerrufenden gem. § 130 Abs. 2 für wirksam angesehen. Dabei hat es aber die Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal "Abgabe" im Rahmen des § 130 Abs. 2 in einer solchen Weise definiert, daß der bewußt einen

Diese Ansicht ist richtig. Die Begründung für die Unanwendbarkeit des § 130 Abs. 2 ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Regelung der §§ 2271, 2296. Diese Begründung soll hier, obwohl die Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen nicht unser Thema ist, deshalb vorgenommen werden, weil aus dieser Begründung ein methodischer Ansatzpunkt für die Behandlung unserer Problematik zu gewinnen ist. Nach der Regelung beim gemeinschaftlichen Testament ist ein Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen durch Testament, das nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, nicht möglich (§ 2271 Abs. 1 Satz 2), sondern er kann nur durch eine empfangsbedürftige Widerrufserklärung unter Lebenden (§§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 Abs. 2) geschehen. Damit soll verhindert werden, daß der überlebende Ehegatte erst beim Tode des anderen Ehegatten damit überrascht wird, daß der andere Ehegatte sich nicht an die gemeinschaftlich getroffenen Anordnungen gehalten hat. Es besteht ein Bedürfnis, den überlebenden Ehegatten vor der Wirksamkeit eines solchen, ihn überraschenden Widerrufs zu schützen. Ein solches Schutzbedürfnis besteht zwar nicht unter dem Gesichtspunkt der Bindung des Überlebenden an seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen; diese Bindung würde gem. § 2270 Abs. 1 entfallen. Das Schutzbedürfnis ergibt sich aber daraus, daß, wenn diese Art des heimlichen Widerrufs wirksam wäre, der nichtwiderrufende Teil daran gehindert würde, seinerseits rechtzeitig sachgerechte Dispositionen zu treffen.¹ Er würde

(Forts.)

postmortalen Zugang erstrebende Widerrufende nach dieser Definition zu seinen Lebzeiten überhaupt noch keine Widerrufserklärung "abgeben" würde. Zu einem anderen Ergebnis ist früher einmal das OLG München (DNotZ 1944, 114 = DFG 1943, 121) gekommen, das § 130 Abs. 2 bei bewußt postmortal herbeigeführtem Widerruf als anwendbar und in seinen Voraussetzungen vorliegend ansah.

1 Vgl. insbesondere dazu und auch sonst zu der ganzen Problematik: Dilcher JuS 1961, 20 ff.

es z.B. zu Lebzeiten des Widerrufenden unterlassen, für sich für den Fall des Vorversterbens des Widerrufenden wirtschaftlich - etwa durch Abschluß einer Versicherung - vorzusorgen, weil er nichts von dem Widerruf wüßte und weiterhin vom Wirksamwerden der - in Wirklichkeit widerrufenen - ihn begünstigenden Verfügung des anderen Teils ausgehen würde. Für eine solche Vorsorge kann es dann im Augenblick des Todes des anderen Teils zu spät sein. Insbesondere würde er bei einem heimlichen Widerrufstestament des anderen Teils auch nicht daran denken, seine eigene Verfügung zugunsten des Widerrufenden nun ebenfalls abzuändern. Dies würde zu dem perversen Ergebnis führen, daß bei Vorversterben des nichtwiderrufenden Teils der widerrufende Teil, der sich seinerseits einseitig vom gemeinschaftlichen Testament abgewendet hat, "erben"¹ würde, während bei Vorversterben des Widerrufenden der nichtwiderrufende Teil, der an dem gemeinschaftlichen Testament festgehalten hat, wegen der Wirksamkeit des Widerrufs nicht erben würde. Mit der Abkehr des Widerrufenden vom gemeinschaft-

1 Der widerrufende Teil brauchte im Falle des Vorversterbens des nichtwiderrufenden Teils nur sein Widerrufstestament zu widerrufen. Gem. § 2257 würde dann seine Verfügung aus dem gemeinschaftlichen Testament wieder so gelten, als ob sie nicht widerrufen worden wäre. Damit wäre dann auch wieder die ihn begünstigende Verfügung des nichtwiderrufenden Teils wirksam (vgl. § 2270 I). Selbst wenn man einen solchen Widerruf des Widerrufs in diesem Fall als rechtsmißbräuchlich nicht zuließe, so bliebe die rein tatsächliche Möglichkeit des Widerrufenden, im Falle des Vorversterbens des nichtwiderrufenden Teils sein Widerrufstestament einfach in aller Heimlichkeit verschwinden zu lassen. Da es sich um sein eigenes und alleiniges Testament handeln würde, wäre dies dem Widerrufenden in aller Regel ohne Schwierigkeiten möglich. Es würde dann so aussehen, als wäre es immer bei der Regelung des gemeinschaftlichen Testaments geblieben, während der Widerrufende für den Fall des eigenen Vorversterbens durch entsprechende Anordnungen und Vorsorgemaßnahmen dafür sorgen könnte, daß in diesem Fall das Widerrufstestament zur Geltung käme.

lichen Testament entfällt die Rechtfertigung für das Fortbestehen der wechselbezüglichen Verfügungen des Nichtwiderrufenden. § 2270 Abs. 1 zieht daraus die Konsequenz und erklärt für diesen Fall auch diese Verfügungen für unwirksam. Die Möglichkeit eines heimlichen Widerrufs durch Testament würde es erlauben, diese Rechtsfolge zu unterlaufen. Dies und die zuerst genannte Gefahr, daß der Nichtwiderrufende bei einem heimlichen Widerruf für seine eigene Person nicht sachgerecht vorsorgen kann, vertragen sich nicht mit dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments. Deshalb läßt das Gesetz nur eine empfangsbedürftige, eine gegenüber dem anderen Teil zu erklärende Widerrufserklärung zu. Sie erlaubt dem anderen Teil, auf den Widerruf sachgerecht zu reagieren.

Eine diese Reaktionsmöglichkeit verhindernde Heimlichkeit kann aber nicht nur durch ein Widerrufstestament, das erst nach dem Tode des Widerrufenden eröffnet und dem anderen Ehegatten bekanntgegeben wird, sondern auch dadurch erreicht werden, daß der Widerrufende den Notar anweist, daß seine Widerrufserklärung "unter Lebenden" nicht ihren normalen Lauf nehmen soll, sondern erst nach seinem Tode dem anderen Ehegatten bekanntgegeben werden soll. Insbesondere wäre auch hier wieder die Äquivalenz der Chancen zerstört. Bei Vorversterben des Widerrufenden würde nun sein Widerruf dem Überlebenden zugestellt und dieser würde nicht erben. Bei Vorversterben des Nichtwiderrufenden würde dagegen der andere Teil erben, da dessen Widerruf mangels Zugangs nie wirksam geworden wäre und demgemäß auch nicht gem. § 2270 Abs. 1 die Verfügung des Nichtwiderrufenden vernichtet hätte. Ein solcher Widerruf muß genauso unwirksam sein wie ein testamentarischer Widerruf, weil die unerwünschten Folgen eines heimlichen Widerrufs durch Testament ebenso gut durch eine heimliche Widerrufserklärung "unter Lebenden" erreicht werden können, deren Heimlichkeit sich

daraus ergibt, daß der Zugang des Widerrufs bis zum Tode des Widerrufenden storniert wird. Ein solcher bewußt auf postmortalen Zugang abgestellter Widerruf kann somit nicht gem. § 130 Abs. 2 wirksam werden.¹

In diesem Fall wird somit die Problematik der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 auf den Fall eines bewußt über den Tod des Erklärenden hinaus verzögerten Zugangs einer Willenserklärung allgemein anerkannt. Methodischer Ansatzpunkt dieser Erkenntnis ist die Berücksichtigung des materiellen Inhalts der Willenserklärung, deren postmortaler Zugang bewirkt werden soll, und die Berücksichtigung der Folgen, die sich für diese Willenserklärung aus der Zulassung eines bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs ergeben würden. Für eine Willenserklärung diesen Inhalts - Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung beim gemeinschaftlichen Testament - besteht eine bestimmte gesetzliche Regelung, die einen heimlichen Widerruf durch Testament nicht zuläßt, sondern einen offenen Widerruf durch empfangsbedürftige Willenserklärung verlangt. Da die Zulässigkeit eines bewußten Hinauszögerns des Zugangs der Widerrufserklärung auf einen Zeitpunkt nach dem Tode des Widerrufenden die Wirksamkeit eines heimlichen Widerrufs zur Folge hätte, verlangen Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Regelung, einen solchen Widerruf nicht zuzulassen. § 130 Abs. 2

¹ Das ist heute auch ganz h.M. Vgl. Dilcher JuS 1961, 20 ff; Herschel DR 1944, 110; Natter JZ 1954, 392; Palandt-Keidel § 2271 Anm. 2 B a aa; Soergel-Wolf § 2271 RdNr. 9; teilweise anders: Rudolf Schmidt JZ 1953, 603, 604 und JZ 1954, 605, der die Anwendung des § 130 Abs. 2 in diesen Fällen nicht gänzlich ausschließt, sondern unter Berücksichtigung des § 242 differenzieren will. Da das Gesetz aber bei einem Widerruf durch Testament nicht differenziert und der bewußt herbeigeführte postmortale Zugang einer an und für sich lebzeitigen Widerrufserklärung dieselben Gefahren für den nichtwiderrufenden Teil mit sich bringt wie ein testamentarischer Widerruf, ist eine solche differenzierende Lösung abzulehnen.

kann somit nicht anwendbar sein. Es bietet sich an, dieses gedankliche Vorgehen, das vom materiellen Inhalt der Willenserklärung, deren postmortaler Zugang bewirkt wird, ausgeht und danach fragt, welche Folgen ein bewußt postmortal herbeigeführter Zugang dieser Willenserklärung hat, auch auf unseren Schenkungsfall anzuwenden, in dem der Bote seinen Übermittlungsauftrag erst nach dem Tode des Schenkers ausführen soll.

Materieller Inhalt der Willenserklärung, deren postmortalen Zugang hier der Bote bewirken soll, ist das Angebot zu einer Handschenkung.¹ Da dieses Angebot erst und nur im Falle des Todes des Schenkers und des Überlebens des zu Beschenkenden überbracht werden soll, handelt es sich in der Sache um eine Schenkung von Todes wegen. Zwar wird hier nicht das Schenkungsgeschäft unter die Überlebensbedingung gestellt, aber durch die Einschaltung eines Boten, der nur im Überlebensfall seinen Auftrag ausführt, wird insoweit dasselbe erreicht wie bei einer Zweipersonenkonstellation durch das Hinzufügen der Überlebensbedingung. Der Erwerb findet nur im Fall des Überlebens des Zuwendungsempfängers statt. Außerdem kann der Schenker zu seinen Lebzeiten noch jederzeit über den Schenkungsgegenstand anderweitig verfügen. Er behält sich diese Dispositionsfreiheit bewußt und gewollt dadurch vor, daß der Zuwendungsgegenstand in seinem internen Machtbereich verbleibt, ohne daß durch eine extern wirkende Maßnahme eine Verfügungsbeschränkung eintritt. Somit liegen die essen-

1 Eine Handschenkung liegt immer dann vor, wenn der Beschenkte den Zuwendungsgegenstand sofort bei Abschluß des Schenkungsvertrages erhält, es also an einem Vorstadium fehlt, in dem der Beschenkte - wie bei der Versprechensschenkung - zunächst einen Anspruch auf den Zuwendungsgegenstand erwirbt. Vgl. Kümpel WM 1977, 1186, 1191; Enneccerus-Lehmann § 120 II 1 a; Palandt-Putzo § 518 Anm. 2 c.

tiellen Merkmale einer Zuwendung von Todes wegen vor. Im Falle des Überlebens des Zuwendungsempfängers soll diesem ein Gegenstand unentgeltlich zugewendet werden, wobei der Zuwendende es sich aber vorbehält, durch eine anderweitige lebzeitige Verfügung diesen Erwerb noch verhindern zu können. Der Zuwendungsempfänger soll den Zuwendungsgegenstand nur erhalten, wenn der Zuwendende über ihn zu Lebzeiten nicht anderweitig disponiert, ihn also "nachläßt". Es handelt sich also um eine intendierte Nachlaßregelung. Da der Abschluß eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes zu Lebzeiten des Schenkers bei dieser Konstellation von vornherein ausscheidet, wird in der Sache vom Zuwendenden eine einseitige¹ Zuwendung von Todes wegen beabsichtigt, die allerdings den Anschein eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts erwecken soll. Als eine solche einseitige Zuwendung von Todes wegen kennt das Gesetz nur das Testament. Da das Testament aber eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, kommt bei ihm ein Wirksamwerden durch Zugang nicht in Frage. Für die Anwendung der Zugangsregeln - auch des § 130 Abs. 2 - ist also überhaupt kein Raum mehr. Für die Wirksamkeit der in der Sache testamentarischen Regelung kommt es nicht auf einen Zugang, sondern darauf an, ob die Wirksamkeitserfordernisse eines Testamentes erfüllt sind. Erfüllt somit das "Schenkungsangebot" die testamentarischen Formerfordernisse - ist es also holo-

¹ Ein Erbvertrag scheidet von vornherein aus. Der Erbvertrag ist nur als Rechtsgeschäft unter Anwesenden möglich. Der Erblasser höchstpersönlich (§ 2274) sowie der Vertragspartner (oder dessen Stellvertreter) müssen gleichzeitig vor dem Notar anwesend sein (§ 2276 I). Bei der hier vorliegenden Konstellation wird dagegen von einer Mitwirkung des Vertragspartners zu Lebzeiten des Zuwendenden bewußt abgesehen. Nach dem Tode des Zuwendenden wird nur noch dessen Bote tätig. Eine von einem Boten überbrachte Willenserklärung ist eine vom Erklärenden unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung; außerdem kann zu diesem Zeitpunkt das Höchstpersönlichkeitserfordernis nicht mehr erfüllt werden.

graphisch abgefaßt oder öffentlich beurkundet -, so kommt es zu einer wirksamen testamentarischen Zuwendung an den Bedachten, ohne daß es noch auf einen Zugang ankäme. Erfüllt das "Schenkungsangebot" dagegen diese Formerfordernisse nicht, so ist es formnichtig. Ein Zugang könnte daran nichts ändern.

Aus der Wahl einer derartigen Botenkonstruktion, die bewirkt, daß die Zuwendung nur im Falle des Überlebens des Bedachten zustandekommt (erbrechtliches Moment der Überlebensbedingung), und die außerdem zur Folge hat, daß der Zuwendende zu seinen Lebzeiten die volle Dispositionsfreiheit bezüglich des Zuwendungsgegenstandes behält (erbrechtliches Moment des gewollten Fortbestandes der lebzeitigen Verfügungsmacht des Erblassers), und die weiterhin jegliche Mitwirkung des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Zuwendenden ausschließt (Ausschluß eines Vertragsabschlusses, einer erbvertraglichen Regelung zu Lebzeiten des Schenkers), und aus dem materiellen Inhalt des beabsichtigten Rechtsgeschäfts, das eine Schenkung ist (Unentgeltlichkeit als typisches Merkmal einer Zuwendung durch Verfügung von Todes wegen), ergibt sich, daß hier in der Sache eine einseitige Zuwendung von Todes wegen vorgenommen wird. Dafür stellt das Gesetz ausschließlich das Testament als einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zur Verfügung. Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 nicht.

Es zeigt sich hier, daß im Gegensatz zu der Tatsache des "zufällig" dazwischentretenden Todes die Tatsache der bewußten Verzögerung des Zugangs einer Willenserklärung auf einen postmortalen Zeitpunkt die "Qualität" dieser Willenserklärung nicht unbeeinflußt läßt. Dies leuchtet ein, wenn man die Funktion einer Willenserklärung betrachtet. Die Willenserklärung ist das Instrument, das die Rechtsordnung dem einzelnen Rechtsgenos-

sen an die Hand gibt, damit er in privatautonomer Weise seine Rechtsverhältnisse regeln kann. Hat er zu diesem Zweck seinen Willen in einer Erklärung zum Ausdruck gebracht und diese Erklärung in Richtung auf den Erklärungsempfänger auf den Weg gebracht, und tritt dann "zufällig" sein Tod ein, bevor diese Erklärung dem Empfänger zugeht, so ist dieser Tod in bezug auf diese Willenserklärung ein zufällig von außen hinzutretendes Ereignis, das in keinerlei innerer Beziehung zum Regelungsgehalt dieser Willenserklärung steht. Der Erklärende hat diesen Umstand - seinen Tod vor dem Zugang der Willenserklärung - in keiner Weise in die von ihm intendierte rechtsgeschäftliche Regelung einbezogen. Deshalb kann dieser "zufällig" dazwischentretende Tod auch keinen Einfluß auf die Bedeutung dieser Willenserklärung haben. Die Willenserklärung hat ihren Geltungsgrund im Willen des Erklärenden. Dieser Wille hat aber diesen Umstand nicht umfaßt. Der Rechtsordnung verbleibt somit nur die Alternative, entweder einer solchen Willenserklärung im Interesse der Erben des Erklärenden die rechtliche Wirkung zu versagen, oder eine solche Willenserklärung im Interesse des Erklärungsempfängers genauso zu behandeln, als ob - dem Willen des Erklärenden entsprechend - diese Erklärung noch zu Lebzeiten des Erklärenden zugegangen wäre. In § 130 Abs. 2 hat sich das Gesetz aus Gründen des Verkehrsschutzes für die zweite Möglichkeit entschieden. Die Willenserklärung soll so angesehen werden, als ob sie noch zu Lebzeiten des Erklärenden zugegangen wäre.¹ Nach §§ 130

¹ Es ist schon dargelegt worden, daß daraus keine Schlüsse auf den sachlichen Gehalt des so zustandegeworbenen Rechtsgeschäfts gezogen werden können. Dieses Rechtsgeschäft kann in der Sache ein Rechtsgeschäft "inter vivos", aber auch ein Rechtsgeschäft "mortis causa" sein, was wiederum daraus folgt, daß der "zufällig" dazwischentretende Tod die Bedeutung der Willenserklärung nicht beeinflußt. Da ein Rechtsgeschäft, das nach seiner äußeren Einkleidung ein

Abs. 2, 153 wird ein Rechtsgeschäft, das objektiv nicht mehr zu Lebzeiten des Erklärenden zustandegekommen ist, so behandelt, als ob es zu Lebzeiten des Erklärenden zustandegekommen wäre. Als Rechtsgeschäft - als privat-autonome Regelung - kann es aber doch nur deshalb als ein solches - als zu Lebzeiten des Erklärenden zustandegeworrenes - gelten, weil der Erklärende es als ein solches gewollt hat. Die Rechtsordnung kann im Interesse der Erben verbieten, daß in diesem Fall das Rechtsgeschäft zustandekommt. Tut sie dies nicht, so bleibt der Parteiwille der Geltungsgrund des dann zustandekom-menden Rechtsgeschäfts. Wenn der Erklärende aber den Zugang seiner Willenserklärung bewußt auf einen postmortalen Zeitpunkt verzögern will, dann will er gar kein zu seinen Lebzeiten zustandekommandes Rechtsgeschäft. Er will nicht, daß seine Willenserklärung zu seinen Lebzeiten zugeht. Er will nur, daß seine Willenserklärung gem. § 130 Abs. 2 als zu seinen Lebzeiten zugegangen gilt. § 130 Abs. 2 besagt aber nur, daß das zwar subjektiv Gewollte, aber objektiv nicht mehr Erreichte

(Forts.)

lebzeitiges Rechtsgeschäft, der Sache nach aber eine Verfügung von Todes wegen ist, als Rechtsgeschäft möglich ist, das tatsächlich zu Lebzeiten des Erklärenden zustandegekommen ist, ist es auch möglich als Rechtsgeschäft, das als unter Lebenden zustandegeworren gilt. Seine Wirksamkeit hängt dann von der Einhaltung der erbrechtlichen Formen ab. Die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 und das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes, das in der Sache eine Verfügung von Todes wegen darstellt, in der äußeren Form aber in ein lebzeitiges Schenkungsgeschäft eingekleidet ist, schließen einander also nicht aus. Die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 ist erst ausgeschlossen, wenn das Angebot zu einem "lebzeitigen" Rechtsgeschäft, das in der Sache eine Verfügung von Todes wegen ist, auch erst postmortal zugehen soll. Dann wird nämlich in Wirklichkeit noch nicht einmal die Einkleidung in ein "lebzeitiges Schenkungsgeschäft" gewollt. Zu Lebzeiten des Schenkers soll es ja gerade nicht zu einem "Schenkungs-geschäft" kommen. Es wird vielmehr in Wahrheit von vorneherein eine einseitige Zuwendung von Todes wegen gewollt.

trotzdem gilt. § 130 Abs. 2 kann als gesetzliche Zugangsregelung doch keinen Geltungsgrund für eine Willenserklärung schaffen, die gar nicht auf die Rechtsfolge gerichtet ist, die bei Eingreifen des § 130 Abs. 2 eintreten würde. Geltungsgrund ist und bleibt nach dem Prinzip der Privatautonomie der Wille des Erklärenden. Ist dieser auf ein zu seinen Lebzeiten zustandekommendes Rechtsgeschäft gerichtet - dies ist die Voraussetzung des § 130 Abs. 2 - , so wird die abgegebene Willenserklärung auch bei dazwischentretendem Tod noch durch Zugang wirksam - das ist die Rechtsfolge des § 130 Abs. 2. Bei bewußt postmortal herbeigeführtem Zugang will der Erklärende die Rechtsfolge des § 130 Abs. 2 für sich in Anspruch nehmen, ohne die Voraussetzung zu erfüllen. Läßt man eine Willenserklärung, deren postmortalen Zugang der Erklärende bewußt herbeigeführt hat, als eine zu Lebzeiten des Erklärenden zugegangene gelten, so läßt man eine Willenserklärung ohne privaten Geltungsgrund gelten und mißbraucht die Zugangsregelung des § 130 Abs. als Geltungsgrund.

Die vom Erklärenden hier vorgenommene Einbeziehung seines Todes in die von ihm intendierte rechtsgeschäftliche Regelung wirkt sich nicht nur auf das aus, was er inhaltlich will (unentgeltliche Einzelrechtsnachfolge für den Überlebensfall bei gewolltem Fortbestand seiner lebzeitigen Verfügungsfreiheit), sondern auch schon - und dies ist der Unterschied zu den vorher erörterten Fällen - auf die äußere "Einkleidung" der inhaltlich vorliegenden Verfügung von Todes wegen. Durch die bewußte Stornierung des Zugangs der Willenserklärung auf einen postmortalen Zeitpunkt wird eine Mitwirkung des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Zuwendenden von vorneherein ausgeschlossen; es wird bewußt dafür gesorgt, daß dem Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zuwendenden die Erklärung noch nicht zugeht. Damit wird ein lebzeitiges Rechtsgeschäft, in das die Verfügung

von Todes wegen eingekleidet werden könnte, in Wirklichkeit gar nicht gewollt. Dadurch, daß von vorneherein ein zu Lebzeiten des Zuwendenden zustandekommender Vertrag - sei es Schenkungsvertrag, sei es Erbvertrag - ausgeschlossen wird, liegt schon der äußeren Gestaltung, der "Einkleidung" nach eine einseitige Zuwendung von Todes wegen vor. Der Wille des Zuwendenden ist schon in bezug auf die äußere Gestaltung in Wahrheit nicht auf ein lebzeitiges Schenkungsgeschäft, sondern nur auf den "äußeren Anschein" eines lebzeitigen Schenkungsgeschäfts gerichtet. Die Anwendbarkeit erbrechtlicher Vorschriften folgt hier nicht erst aus dem Satz, daß auf Rechtsgeschäfte, die der äußeren "Einkleidung" nach lebzeitige Rechtsgeschäfte, der Sache nach aber Verfügungen von Todes darstellen, die Normen über diese Verfügungen anzuwenden sind, sondern es liegt von vorneherein eine Regelung vor, die nur aufgrund erbrechtlicher Bestimmungen Relevanz gewinnen kann. Die Regelung stellt sich nicht erst inhaltlich, sondern schon der äußeren Gestaltung nach als eine testamentarische Regelung dar. Allein durch seinen darauf gerichteten Willen kann der Erklärende es nicht erreichen, daß die Rechtsordnung die vorliegende testamentarische Regelung als "Schenkungsangebot unter Lebenden" behandelt. Insoweit liegen die Dinge ähnlich wie bei einer "protestatio facto contraria".¹

Es hat sich somit gezeigt, daß der beim Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen beim gegenseitigen Testament entwickelte Gedankengang, der beim materiellen Inhalt des Rechtsgeschäftes ansetzt, das über § 130 Abs. 2 zustandekommen soll, auch bei der hier anstehenden Problemlösung weiterhilft. Dort hatte sich herausgestellt, daß ein Widerruf, dessen Zugang bewußt postmortal bewirkt wird, wertungsmäßig einem testamentarischen Wi-

¹ Vgl. dazu allgemein Flume AT § 5 Ziff. 5.

derruf gleichsteht. Da dieser aber unwirksam war, mußte auch jene Art der Widerrufserklärung unwirksam sein. Hier hat sich nun herausgestellt, daß in dem Fall, in dem zu Lebzeiten des Schenkers nichts weiter geschieht, als daß der Schenker einen Boten beauftragt, ein Schenkungsangebot nach seinem Tode dem zu Beschenkenden zu überbringen, in der Sache eine testamentarische Zuwendung vorliegt. Einer solchen testamentarischen Zuwendung steht nun nichts im Wege. Sie muß nur eben als testamentarische Zuwendung vorgenommen werden, d.h. wegen der Exklusivität der erbrechtlichen Formen müssen die testamentarischen Formerfordernisse eingehalten werden. Ein Zugang der testamentarischen Erklärung ist dagegen für ihre Wirksamkeit nicht erforderlich. § 130 Abs. 2 ist somit nicht anwendbar.

b) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten

Die Unanwendbarkeit des § 130 Abs. 2 ergibt sich außerdem unabhängig von dem Gesichtspunkt, daß hier in Wirklichkeit eine testamentarische Zuwendung vorliegt, auch schon ganz allgemein aus dem früher dargelegten Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Für die Lösung unserer speziellen Problematik stellen allerdings die folgenden Erwägungen nur eine Hilfsbegründung für die Unanwendbarkeit des § 130 Abs. 2 dar.

§ 130 Abs. 2 stellt die Interessen der Erben des Erklärenden zurück, obwohl sie prinzipiell schutzwürdig sind. Die prinzipielle Schutzwürdigkeit der Erben ergibt sich daraus, daß der Abschluß von Verträgen, die sich auf das Vermögen beziehen, das sie geerbt haben, in ihren Zuständigkeitsbereich fällt. Die Willenserklärung, die der Bote überbringt, wirkt, da der Erklärende im Augenblick des Zugangs schon tot ist, von vorneherein für

und gegen die Erben; es entsteht originär eine Rechtsbeziehung zwischen ihnen und dem Vertragspartner. Über das Zustandekommen solcher Rechtsbeziehungen haben aber die Erben zu entscheiden. Nun kann zwar der Erblasser (= der Erklärende) durch letztwillige Verfügung den Abschluß von Verträgen anordnen (etwa durch eine Auflage oder durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung), dies tut er aber in den Fällen nicht, in denen er nur eine Willenserklärung in Richtung auf den Vertragspartner auf den Weg bringt. Daß die Erben als die zur Entscheidung über das Zustandekommen solcher Rechtsbeziehungen Berufenen gemäß § 130 Abs. 2 nichtsdestoweniger aus Verkehrsschutzgründen und Rechtsklarheitsgründen die noch vom Erblasser getroffene Entscheidung hinnehmen müssen, läßt sich nur damit rechtfertigen, daß sie diese Entscheidung auch dann hätten hinnehmen müssen, wenn der Erblasser zufällig erst nach dem Zustandekommen des Vertrages mit dem Vertragspartner gestorben wäre. In Anbetracht dieser Zufälligkeit erscheint es nicht unbillig, die Interessen der Erben gegenüber den Verkehrsschutzinteressen zurückzustellen. Bei einem bewußt postmortal herbeigeführten Zugang einer Willenserklärung fehlt es an dieser Zufälligkeit. Den Dispositionsinteressen der Erben, über den Abschluß "neuer" Verträge in bezug auf den Nachlaß selbst frei entscheiden zu können, kann nicht entgegengesetzt werden, daß bei einem zufällig später erfolgten Tod des Erblassers der Vertragsabschluß, um den es geht, als lebzeitiger Vertragsabschluß des Erblassers und somit von den Erben zu respektierender vorgelegen hätte. Diese Möglichkeit, daß der Vertrag noch zu Lebzeiten des Erblassers zustandekommt, wird bei dieser Konstellation gerade ausgeschlossen. Diese Möglichkeit entfällt somit als Rechtfertigung für ein Zurückstellen der Interessen der Erben. Es liegt vielmehr ein bewußter Eingriff des Erblassers in die Dispositionsfreiheit der Erben vor.

Schutzwürdige Interessen des Erblassers, die dafür sprechen könnten, einen solchen Eingriff zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Erbrecht stellt dem Erblasser Rechtsfiguren zur Verfügung, mit denen sich ein so gearteter Wille verwirklichen läßt. Das Geheimhaltungsinteresse des Erblassers ist kein schutzwürdiges Interesse; es hat bei diesen formgebundenen Rechtsfiguren gerade keine Berücksichtigung gefunden.

Es verbleiben somit nur die Interessen des Erklärungsempfängers, um eine Anwendung des § 130 Abs. 2 auf die Fälle des bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs zu rechtfertigen.

§ 130 Abs. 2 schützt den Erklärungsempfänger aus Verkehrsschutzgründen und aus Rechtsklarheitsgründen. Der bösgläubige Erklärungsempfänger, der von vornherein weiß, daß die ihm zugehende Willenserklärung mit ihrem Wirksamwerden sogleich gegen die Erben wirkt, obwohl diese nichts davon wissen, ist an und für sich nicht schutzwürdig. Trotzdem stellt es § 130 Abs. 2 nicht darauf ab, ob der Erklärungsempfänger im Einzelfall gut- oder bösgläubig ist. Auf diese rein innere Tatsache wird nicht abgehoben, weil nur so ein effektiver Verkehrsschutz zu gewährleisten ist. Dieser wäre nicht gegeben, wenn der gutgläubige Erklärungsempfänger aufgrund dessen, daß die Erben mit der Behauptung seiner Bösgläubigkeit seinen Erwerb gefährden könnten, mit Streitigkeiten im vorprozessualen Raum und äußerstenfalls sogar mit dem Prozeßrisiko eines Prozesses rechnen müßte. Wenn der Gutgläubige eine solche Gefahr in Rechnung stellen müßte, wäre die Schnelligkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs in Frage gestellt. Außerdem ist es ganz allgemein aus Gründen der Rechtsklarheit angebracht, eine nach dem Tod des Erklärenden zugehende Willenserklärung generell und ohne eine Differenzierung nach subjektiven Kriterien in der Person des Zuwendungs-

empfängers wirksam werden zu lassen. Die Rechtsklarheit wäre beeinträchtigt, wenn die Wirksamkeit von der inneren Tatsache der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Erklärungsempfängers abhängen würde. Der an und für sich nicht schutzwürdige bösgläubige Empfänger wird somit aus übergeordneten Gründen, die nicht in seiner Person liegen, geschützt.

Diese Gründe entfallen aber in den Fällen, in denen bewußt und gewollt ein postmortaler Zugang der Willenserklärung herbeigeführt wird und der Bote unter Bezugnahme auf diesen Auftrag gegenüber dem Erklärungsempfänger tätig wird. Die hier gegebene Bösgläubigkeit des Empfängers verbleibt nicht im Bereich der inneren Tatsachen. Sie folgt vielmehr aus einer äußeren Tatsache, nämlich aus der Art und Weise, in der die Mittelsperson gegenüber dem Erklärungsempfänger tätig wird. Die unter Bezugnahme auf den postmortalen Auftrag erfolgende Ausführung des Auftrags ist eine äußere Tatsache. Ihre Berücksichtigung beeinträchtigt demgemäß nicht die Rechtsklarheit. Eine solche Berücksichtigung begründet auch keine Risiken für Erklärungsempfänger, denen gegenüber die Erben zu Unrecht eine solche Durchführung eines postmortalen Auftrags behaupten würden. Über die bloß innere Kenntnis bzw. Unkenntnis des Erklärungsempfängers vom Tode des Erklärenden, der zufällig während der Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes dazwischentreten ist, kann die Mittelsperson keine sichere Auskunft geben. Dies kann sie aber durchaus bezüglich der Frage tun, wie sie einen Auftrag ausgeführt hat. Da die übergeordneten Gründe für den Schutz des nicht schutzwürdigen bösgläubigen Empfängers entfallen, besteht keinerlei Anlaß, § 130 Abs. 2 in diesen Fällen des bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs zugunsten des Erklärungsempfängers anzuwenden.

Die Fallkonstellation, daß der Bote postmortal beauftragt wird, dann aber gegenüber dem Erklärungsempfänger

ohne Bezugnahme auf den so gearteten Auftrag handelt, dürfte kaum vorkommen. Verträge werden nicht im luftleeren Raum abgeschlossen. Beim Vertragsabschluß wird in aller Regel die "Legitimation" der Mittelsperson zur Sprache kommen. Diese "Legitimation" besteht aber in den hier erörterten Fällen aus der postmortalen Beauftragung. Nichtsdestoweniger ist diese Fallkonstellation möglich; sie bedarf deshalb einer Lösung.

In dieser Fallgestaltung stehen sich die Interessen der Erben an ihrer Dispositionsfreiheit und das Interesse des Vertragspartners gegenüber, der gutgläubig vom Zustandekommen eines Vertrages mit dem Erblasser ausgeht. Bei diesem Interessenkonflikt sind die Interessen der Erben die bedeutsameren. Hinter ihnen steht das grundlegende und ausnahmslos geltende Prinzip der Privatautonomie, während der Gutglaubensschutz durchaus kein durchgängiges Prinzip des BGB's ist. Nach Eintritt des Erbfalls ist es ausschließlich Sache der Erben, zu bestimmen, ob ("neue") Verträge bezüglich des Nachlasses abgeschlossen werden sollen oder nicht. Der Erblasser ist dagegen, soweit er sich nicht der Anordnungsformen des Erbrechts bedient, nur für zu seinen Lebzeiten zustandekommende Verträge zuständig. Berücksichtigt man diese "Zuständigkeitsverteilung", so ergibt es einen Sinn, Willenserklärungen, deren Zugang der Erblasser zu seinen Lebzeiten bewirken wollte, aber zufällig zu seinen Lebzeiten nicht mehr bewirkt hat, als zu Lebzeiten des Erblassers zugegangen anzusehen. Insoweit will der Erblasser nicht in unzulässiger Weise in den privaten Herrschaftsbereich der Erben hineinregieren und insoweit ist es den Erben zuzumuten, sich aus Verkehrsschutzgründen so behandeln zu lassen, als ob dieser Zufall nicht eingetreten wäre. Will dagegen der Erblasser gar nicht, daß seine Erklärung zu seinen Lebzeiten zugeht, sondern will er, daß die Erklärung von vorneherein mit Wirkung für und gegen die Erben zugeht, so

regiert er in unzulässiger Weise in den privatautonomen Herrschaftsbereich der Erben hinein. Eine solche Regelung müßte, um gegen die Erben wirken zu können, nach den Grundsätzen der Privatautonomie vom Willen der Erben getragen sein; dies wird sie aber nicht. Der Erblasser kann, soweit er nicht die erbrechtlichen Anordnungsformen wählt, Rechtswirkungen in bezug auf die Erben nur dadurch bewirken, daß er lebzeitige Rechtsgeschäfte abschließt, deren Wirkungen ihn selbst treffen; die Wirkung gegen die Erben beruht dann auf dem Grundsatz der Universalsukzession. Hat der Erblasser einen auf Abschluß eines solchen Rechtsgeschäfts gerichteten Willen und kommt dieses nur zufällig zu seinen Lebzeiten nicht mehr zustande, so ergibt es einen Sinn, dieses Rechtsgeschäft trotzdem als zu seinen Lebzeiten zustandegekommen anzusehen. Dieses Rechtsgeschäft hat einen privatautonomen Geltungsgrund - den auf dieses lebzeitige Rechtsgeschäft gerichteten Willen des Erblassers - und die Geltung gegen die Erben läßt sich von der Universalsukzession her rechtfertigen, da, wenn der Erblasser bei der Realisierung seines Willens zufällig nicht gescheitert wäre, das dann noch zu Lebzeiten des Erblassers zustandegekommene Rechtsgeschäft gegen die Erben als Rechtsnachfolger gewirkt hätte. Hat der Erblasser dagegen einen auf ein postmortales Zustandekommen des Vertrages gerichteten Willen, so fehlt es sowohl an einem privatautonomen Geltungsgrund für das Zustandekommen eines solchen Vertrages als auch an einer Rechtfertigung durch den Grundsatz der Universalsukzession, was die Geltung gegenüber den Erben angeht. Ein solcher Vertrag wird nicht als eine den Erblasser betreffende Regelung gewollt. Er wird vielmehr als eine nur die Erben betreffende Regelung gewollt. Als eine solche Regelung müßte er aber von den Erben gewollt werden. Die Geltung gegenüber den Erben läßt sich nicht vom Grundsatz der Universalsukzession her rechtfertigen, da

aufgrund dieses Grundsatzes nur die Bindungen des Erblassers auf die Erben übergehen. Mit diesem Grundsatz ist es noch zu vereinbaren, daß eine Bindung der Erben auch dann noch zustandekommt, wenn der Erblasser eine eigene lebzeitige Bindung gewollt, aber zufällig nicht mehr erreicht hat. Von diesem Zufall kann man - im Interesse des Verkehrsschutzes - abstrahieren; ohne diesen Zufall wäre die Bindung der Erben aufgrund der Universalsukzession eingetreten. Die Universalsukzession kann aber nicht mehr zur Rechtfertigung herangezogen werden, wenn eine lebzeitige Bindung des Erblassers, die übergehen könnte, bewußt und gewollt ausgeschlossen wird.

Auch bei dieser Fallgestaltung ist somit § 130 Abs. 2 nicht anwendbar. § 130 Abs. 2 ist also bei bewußt postmortal herbeigeführtem Zugang generell nicht anwendbar. § 130 Abs. 2 gilt nur bei "zufällig" dazwischentretendem Tod des Erklärenden; hier allerdings generell, d.h. ohne Differenzierung zwischen gut- und bösgläubigen Erklärungsempfängern. Die letzterem zugrundeliegenden Gedanken der Rechtsklarheit und des wirklich effektiven Verkehrsschutzes werden durch den Ausschluß der postmortalen Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 130 Abs. 2 gar nicht (dies gilt für die Rechtsklarheit) bzw. nur in einem unvermeidbaren Umfang (dies gilt für den Verkehrsschutz) beeinträchtigt. Die Erteilung des postmortalen Auftrags, die Tatsache der Stornierung der Willenserklärung auf den Todesfall ist eine äußere Tatsache, über die außerdem der Bote als Zeuge gehört werden kann. Es entsteht keine Rechtsunklarheit, wenn in dieser Art stornierte Willenserklärungen nicht mehr wirksam werden können. Der gutgläubige Empfänger bei "zufällig" dazwischentretendem Tod, um dessen Schutz willen die Regelung des § 130 Abs. 2 besteht, kann durch die unrichtige Behauptung einer "postmortalen Willenserklärung" nicht in Schwierigkeiten gebracht werden. Er kann sich auf den Boten als Zeugen stützen.

Eine Einschränkung des Verkehrsschutzes findet nur insoweit statt, als der gutgläubige Empfänger einer solchen "postmortalen Erklärung" nicht geschützt wird. Dies ist aber unvermeidbar, da die Gutgläubigkeit des Empfängers über die fehlende privatautonome Geltungsgrundlage der überbrachten Willenserklärung nicht hinweghelfen kann.

Die Stimmen in der Literatur, die im Ergebnis ebenfalls eine Anwendung des § 130 Abs. 2 auf den bewußt postmortal herbeigeführten Zugang einer Willenserklärung verneinen,¹ argumentieren zumeist damit, daß der Vertrauensschutz für den Erklärungsempfänger, den § 130 Abs. 2 bezwecke, nur im Falle einer zeitlich nahen Aufeinanderfolge von Erklärung, Tod des Erklärenden und Zugang beim Erklärungsempfänger gerechtfertigt sei.² Im Regelfall wird dieser Gesichtspunkt zu den gleichen Ergebnissen wie unsere Unterscheidung führen, weil regelmäßig bei zufällig dazwischentretendem Tod die Abfolge von Erklärung, Tod und Zugang zeitlich nah beieinander und bei bewußt postmortal herbeigeführtem Zugang diese Abfolge zeitlich weit auseinander liegen wird. Der springende Punkt wird indes mit dieser Unterscheidung nicht getroffen; sie trägt auch nicht das auch von diesen Autoren vertretene Ergebnis, in allen Fällen des bewußt post-

1 Harder FamRZ 1976, 418, 421, 422; Finger WM 1970, 374, 375 und JuS 1969, 309, 311; Bärmann NJW 1964, 53 f; Kipp-Coing § 81 IV 2 b; Brox RdNr. 719; von Lübtow S. 113; Bartholomeyczik-Schlüter § 59 III 2 b.

2 So auch BGHZ 48, 374, 378 ff. bezüglich der Anwendung des § 130 Abs. 2 in dem nicht "bewußt" postmortalen Fall, daß beim Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung eines gemeinschaftlichen Testamentes dem Vertragsgegner zu Lebzeiten des Widerrufenden die notarielle Widerrufsverhandlung nur in der ungenügenden Form einer beglaubigten Abschrift zugestellt wird, während die Zustellung der erforderlichen Ausfertigung der Widerrufsverhandlung erst nach dem Tode des Widerrufenden nachgeholt wird.

mortal herbeigeführten Zugangs den § 130 Abs. 2 nicht anzuwenden. Es ist vielmehr so, daß der Erklärungsempfänger bei bewußt postmortal herbeigeführtem Zugang einer Willenserklärung auch dann nicht zu schützen ist, wenn Erklärung, Tod und postmortaler Zugang zeitlich nahe beieinander liegen. Auch hier fehlt es an einer privatautonomen Geltungsgrundlage für die zugegangene Willenserklärung. Ob, wenn kein gewollt postmortaler Zugang vorliegt,¹ das zeitlich weite Auseinanderliegen von Erklärung, Tod und Zugang eine weitere Einschränkung der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 erfordert, interessiert in unserem Zusammenhang nicht.

Die Gegenansicht, nach der § 130 Abs. 2 nicht voraussetzt, daß der Erklärende das Zugehen zu erleben hofft und daß sein Tod ungewollt und unerwartet dazwischentritt,² stützt sich insbesondere auf die Entscheidung RGZ 170, 380 ff. Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem ein Schenker eine von ihm gemachte Schenkung wegen groben Undanks in einem notariellen Testament widerrufen hatte. Nach seinem Tode hatte das Nachlaßgericht dem Beschenkten eine beglaubigte Abschrift dieses Testamentes zugestellt. Der Schenkungswiderruf ist gem. § 531 Abs. 1 eine empfangsbedürftige Willenserklärung; das Reichsgericht bejahte einen wirksamen Zugang dieser Widerrufserklärung gem. § 130 Abs. 2.

Diese Entscheidung ist aber in Wahrheit für die hier in Frage stehende Zugangsproblematik nicht einschlägig.

Die Anwendung des § 130 Abs. 2 auf den Sachverhalt, der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlag, ist nämlich aus einem Grunde falsch, der der hier interessierenden Problematik des § 130 Abs. 2 noch vorgelagert ist.

¹ Wie in BGHZ 48, 374, 378 ff.

² So: Palandt-Heinrichs § 130 Anm. 4; Soergel-Hefermehl § 130 RdNr. 27; Wieacker S. 281, 282; Rudolf Schmidt JZ 1953, 603, 604; Flume AT § 14 Z. 2.

Gem. § 130 Abs. 1 wird eine "einem anderen gegenüber" abzugebende Willenserklärung, wenn "sie" in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. § 130 Abs. 2 beschäftigt sich dann nur noch mit dem Spezialfall, in dem zwischen Abgabe und Zugang der Tod des Erklärenden dazwischentritt. § 130 Abs. 1 geht unzweifelhaft davon aus, daß "sie" - die abzugebende Willenserklärung - so abgegeben wird, wie sie abzugeben ist, nämlich "einem anderen gegenüber". Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die eines Empfanges durch einen anderen zu ihrer Wirksamkeit bedürftig ist, unterscheidet sich also von einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht nur dadurch, daß sie erst wirksam wird, wenn der Erklärungsempfänger durch ihren Zugang die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen, sondern von vornherein auch schon dadurch, daß sie "gegenüber" dem Erklärungsempfänger - in Richtung auf diesen - abzugeben ist. Wird sie dies nicht, so kommt eine Wirksamkeit gem. § 130 Abs. 1 nicht in Betracht; die Frage nach der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 kann sich gar nicht mehr stellen. Wer z.B. aufgrund groben Undanks eine Schenkung widerrufen will (vgl. § 531 Abs. 1) und sich der Widerrufserklärung überhaupt nicht in Richtung auf den Vertragspartner hin entäußert, der hat sich nicht "gegenüber dem Beschenkten" erklärt. Und zwar auch dann nicht, wenn der Vertragspartner von dieser Erklärung erfährt. Erklärt z.B. der Widerrufswillige den Widerruf zwar in Abwesenheit des Beschenkten, aber in Anwesenheit eines engen Freundes des Beschenkten, ohne diesen aber mit der Übermittlung der Erklärung zu beauftragen, so wird diese Erklärung auch dann nicht wirksam, wenn der Freund dem Beschenkten von dieser Erklärung berichtet; und zwar auch dann nicht, wenn der Widerrufende damit gerechnet hat. Der Beschenkte braucht sich kraft der gesetzlichen Regelung (§ 531 Abs. 1) nur auf Widerrufserklärungen einzulassen, die ihm gegenüber - sei es

direkt, sei es durch Boten oder Stellvertreter - erklärt werden. Er braucht sich nur um Erklärungen zu kümmern, die an ihn "adressiert" sind. Adressatlose Erklärungen, die ihm mehr oder weniger zufällig zur Kenntnis kommen, brauchen ihn nichts anzugehen. Liegt eine in diesem Sinne adressatlose Erklärung vor, so kommt eine Wirksamkeit gem. § 130 Abs. 1 und somit auch eine Wirksamkeit gem. § 130 Abs. 2 nicht in Betracht; § 130 Abs. 2 setzt den § 130 Abs. 1 voraus. Eine Willenserklärung, die nicht in Richtung auf den Erklärungsempfänger hin erklärt wird, erfüllt eine essentielle Voraussetzung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht, die darin besteht, daß sie "gegenüber" dem Erklärungsempfänger abzugeben ist. Diese "Adressierung" ist ein von den Tatbestandsmerkmalen der Abgabe und des Zugangs zu trennendes Wirksamkeitserfordernis einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. So könnte man in unserem Beispielsfall (der Widerrufende erklärt sich weder direkt, noch durch Einschaltung eines Stellvertreters oder Boten gegenüber dem Erklärungsempfänger, aber in Anwesenheit eines Dritten, von dem er annimmt, daß dieser dem Erklärungsempfänger berichtet, was dann auch geschieht) anhand der gängigen Definitionen der Tatbestandsmerkmale "Abgabe" und "Zugang" lange darüber streiten, ob sie vorliegen oder nicht.¹ Dieser Streit wäre aber müßig. Da die Willenserklärung nicht "gegenüber" dem Empfänger erfolgt ist, sie nicht an ihn adressiert ist, kann sie von vornherein nicht wirksam

¹ Vgl. z.B. nur Palandt-Heinrichs § 130 Anm. 1 und 2 a "Eine Willenserklärung ist abgegeben, sobald der Erklärende alles getan hat, damit sie wirksam werde." "Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, daß bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, daß er von ihr Kenntnis nehmen kann."

werden.¹

So lag aber der Sachverhalt, den das Reichsgericht zu entscheiden hatte. Der Schenker hatte seinen gem. § 531 Abs. 1 adressatbedürftigen Schenkungswiderruf in einem Testament - also in einer nicht empfangsbedürftigen, einer adressatlosen Erklärung - abgegeben. Er hatte sich nicht durch Adressierung seiner Widerrufserklärung an den Beschenkten der Erklärung in Richtung auf den Erklärungsempfänger hin entäußert. Er hatte keine Anstalten gemacht, diese Erklärung in eigener Person dem Empfänger

¹ So zutreffend Titze ZAKDR 1943, 134 f. Es gibt Autoren, die diese Notwendigkeit der Adressierung der Willenserklärung in das Tatbestandsmerkmal der "Abgabe" hineinziehen. So z.B. Flume AT § 14 Z. 2; Enneccerus-Nipperdey AT § 159; Finger JuS 1969, 309, 311; Grunsky S. 627. Das Gesetz sieht dies aber offensichtlich anders an. Würde es nämlich die Notwendigkeit der Adressierung als in dem Merkmal "Abgabe" enthalten ansehen, so hätte es in § 130 Abs. 1 mit den Worten "die einem anderen gegenüber abzugeben ist" eine Tautologie ausgedrückt. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Außerdem ist nicht einsichtig, daß sich eine empfangsbedürftige Willenserklärung und eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung im Merkmal der "Abgabe" unterscheiden sollen, wozu diese Autoren aber kommen müssen, da ein die Adressierung umfassender Abgabebegriff für die "adressatlose", nicht empfangsbedürftige Willenserklärung naturgemäß nicht gelten kann. Die beiden Arten von Willenserklärungen unterscheiden sich dadurch, daß es bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung einen Erklärungsempfänger gibt. Sein Schutz verlangt es, daß nur Willenserklärungen Wirksamkeit erlangen, die ihm gegenüber erklärt und dann in seinen Machtbereich gelangt sind. Beides entfällt denknotwendig bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung, bei der es keinen Erklärungsempfänger gibt. Auch bei ihr ist es aber erforderlich, daß der Erklärende seinen inneren Willen mit Rechtsgeltungswillen verobjektiviert. Auch bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung muß klar sein, daß der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen "in Geltung setzen" will. In diesem "in Geltung setzen" liegt die Abgabe der Willenserklärung. Dieses "in Geltung setzen", in dem sich die Abgabe einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung unzweifelhaft erschöpft, kann bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung durchaus von der

zu übermitteln, und er hatte auch keinen Dritten mit einer solchen Übermittlung beauftragt. Er hatte vielmehr nur darauf vertraut, daß die adressatlos abgegebene Erklärung durch den rein tatsächlichen Verlauf der Dinge dem Empfänger zur Kenntnis kommen würde. Dies war dann auch dadurch geschehen, daß das Nachlaßgericht nach Eintritt des Erbfalls dem Beschenkten eine beglaubigte Abschrift des Testaments zugestellt hatte. Der Beschenkte hatte also seine Kenntnis von dem Widerruf in der Weise erlangt, in der ein von dem Inhalt eines Testaments Betroffener von diesem Testament Kenntnis erlangt (vgl. § 2262). Das Nachlaßgericht handelte hier nicht als Erklärungsbote des Widerrufenden, um eine noch unwirksame Widerrufserklärung dem Erklärungsempfänger zu überbringen und ihr zur Wirksamkeit zu verhelfen, sondern es gab von Amts wegen Kenntnis von einer testamentarischen Anordnung des Schenkers. Der Widerruf war niemals "gegenüber" dem Erklärungsempfänger - an ihn adressiert - erklärt worden, sondern diesem war nur Mitteilung davon gemacht worden, daß ein adressatloser Widerruf erklärt worden war. Dies genügt den Anforderungen des § 130 Abs. 1 nicht, somit auch nicht denen des § 130 Abs. 2. Die Begründung des Reichsgerichts ist somit falsch.

Die Verwirrung, die die Entscheidung angerichtet hat, beruht darauf, daß sie im Ergebnis trotzdem "richtig" ist. Dies beruht darauf, daß § 531 Abs. 1 eine legisla-

(Forts.)

Adressierung getrennt werden; vgl. dazu nur unseren Beispielsfall, in dem der Erklärende den Widerruf wohl "in Geltung setzen" will, ihn aber nicht adressiert. Dann besteht aber kein Anlaß, den Begriff der Abgabe bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen anders zu definieren als bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Insbesondere dann nicht, wenn - wie oben gezeigt - das Gesetz dies offensichtlich nicht tun will.

torische Fehlentscheidung ist. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum ein Schenkungswiderruf wegen groben Undanks nur durch empfangsbedürftige Willenserklärung, nicht aber auch durch nicht empfangsbedürftige testamentarische Anordnung wirksam sein soll. Auf der "Schenkerseite" geht die entscheidende Interessenwertung nur dahin, daß dieses höchstpersönliche Widerrufsrecht nur dem Schenker selbst und nicht seinem Erben zustehen soll (§ 530 Abs. 2). Gegen diese Wertung wird nicht verstoßen, wenn man auch den testamentarischen Widerruf zuläßt. Auf der "Beschenktenseite", die wegen des groben Undanks von vornherein nicht besonders schutzwürdig ist, kommt es nur darauf an, daß gewährleistet ist, daß der Beschenkte in irgendeiner Form von dem Widerruf Kenntnis erlangt. Ob dies dadurch geschieht, daß der Widerruf "gegenüber" dem Beschenkten erfolgt, oder dadurch, daß das Nachlaßgericht gem. § 2262 von einem in einem Testament erfolgten Widerruf Mitteilung macht, ist demgegenüber gleichgültig.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Bereicherungshaftung des Beschenkten (§ 531 Abs. 2) bestehen keine Bedenken. Ein testamentarischer Widerruf würde allerdings wie jede testamentarische Verfügung erst mit dem Erbfall wirken. Würde man die verschärfte Bereicherungshaftung (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989) nun erst an die Kenntnis des wirksam gewordenen testamentarischen Widerrufs anknüpfen, so erschiene dies in den Fällen unbillig, in denen der Beschenkte schon vor dem Erbfall von dem in dem Testament erfolgten Widerruf weiß. Bei dem im Gesetz vorgesehenen Widerruf durch empfangsbedürftige Widerrufserklärung kann diese Problematik nicht auftauchen; erfährt dort der Beschenkte von dem ihm gegenüber erklärten Widerruf, so hat er zugleich Kenntnis von einem wirksamen Widerruf. Diese Unbilligkeit besteht indes nicht, da nach zutreffender Ansicht die verschärfte Haftung des Beschenkten nicht an die Kennt-

nis vom wirksam erklärten Widerruf anzuknüpfen ist, sondern schon mit der Kenntnis der Widerrufbarkeit, d.h. der Kenntnis der zum Widerruf berechtigenden Verfehlung beginnt.¹ Dies folgt aus einer Analogie zu § 142 Abs. 2.

Es verbleibt somit nur noch das Argument, daß die Zulassung eines testamentarischen Widerrufs in Anbetracht des § 532 Satz 1 Halbs. 2 praktisch ohne große Bedeutung ist. Selbstverständlich muß in der Jahresfrist, die verstreicht, nachdem der Widerrufsberechtigte von dem Widerrufsgrund Kenntnis erlangt hat, eine wirksame Widerrufserklärung erfolgen, was für den testamentarischen Widerruf bedeuten würde, daß innerhalb dieser Jahresfrist testamentarische Anordnung und Erbfall eintreten müßten. Die testamentarische Anordnung allein genügt nicht. Ließe man sie genügen, so könnte der Beschenkte noch Jahre nach der Kenntnis des Schenkers vom Widerrufsgrund vom Widerruf überrascht werden; nämlich dann, wenn der Erbfall eintritt. Dies will § 532 Satz 1 Halbs. 2 aber verhindern. Dieses Argument der geringen praktischen Bedeutung überzeugt indes nicht. Es überzeugt nicht, eine Regelung, die einige wenige Fälle sinnvoll und vernünftig zu regeln vermag, mit dem Hinweis auf die statistische Seltenheit nicht zuzulassen. Erfährt z.B. ein Schenker, der von seinem nahen Tode weiß, von einem grob undankbaren Verhalten eines von ihm Beschenkten, und will er sich seine letzten Tage nicht noch durch eine Auseinandersetzung mit diesem vergällen, so wird er die Zulassung eines testamentarischen Widerrufs durchaus als wohltuend empfinden. Daß es solche Fälle gibt, in denen die Wirksamkeit eines testamentarischen Widerrufs nicht an der Jahresfrist des § 532 Satz 1 Halbs. 2 scheitern würde, beweist allein schon der Sachverhalt, den das Reichsgericht zu entscheiden

¹ Staudinger-Reuss § 531 RdNr. 3 m.w.N.

hatte. Auch die Lösung des Reichsgerichts, die in diesem Fall mit der fehlerhaften Anwendung des § 130 Abs. 2 half, war nur möglich, weil der "Zugang" noch innerhalb der Jahresfrist erfolgt war.¹ Die angemessene Lösung dieser Fälle bestünde somit darin, auch einen testamentarischen Schenkungswiderruf zuzulassen. Diese Lösung ist de lege ferenda sicherlich richtig; ob sie de lege lata - und zwar durch analoge Anwendung des § 332 - gilt,² mag zweifelhaft sein.

Diesen Zweifeln braucht hier indes nicht weiter nachgegangen zu werden, da in unserem Zusammenhang nur die Tatsache interessiert, daß die Entscheidung wertungsmäßig richtig ist. Diese Tatsache verführt dazu, diese Entscheidung für die Anwendung des § 130 Abs. 2 auf die Fälle des bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs ins Feld zu führen. Die Evidenz des Ergebnisses legt es nahe, auch die Begründung als richtig anzusehen. In Wirklichkeit ist es so, daß das Ergebnis richtig ist, weil in diesem Fall (Schenkungswiderruf wegen groben Undanks) eine Erklärung durch Testament - also durch eine nicht empfangsbedürftige (adressatlose) Willenserklärung - zuzulassen ist und im zu entscheidenden Rechtsstreit auch so erfolgt war. Die Begründung (wirksamer Zugang gem. § 130 Abs. 2) ist aber falsch, weil die Erklärung nicht "gegenüber" dem Erklärungsempfänger abgegeben war, was § 130 jedoch voraussetzt. In einem solchen Fall, in dem der Erklärende sich der Erklärung noch nicht einmal in Richtung auf den Empfänger hin entäußert, sondern sich in einem "adressatlosen" Testament erklärt und dann darauf vertraut, daß

1 Dies hat das Reichsgericht durchaus gesehen; vgl. RGZ 170, 380, 384. Darin (in der geringen praktischen Bedeutung der Anwendung des § 130 Abs. 2 auf diese Fälle, die sich aus der Jahresfrist des § 532 Satz 1 Halbs. 2 ergibt) hat es aber - insoweit richtig - keinen durchgreifenden Einwand gegen seine Lösung gesehen. Genauso wenig ist es dann aber ein Einwand gegen die hier vertretene Lösung.

2 Diese Frage wird - m.E. zutreffend - bejaht von Titze aaO.

der "Empfänger" von dieser Erklärung durch das Nachlaßgericht erfährt, liegt schon der äußeren Form nach eine testamentarische Erklärung und keine Erklärung "gegenüber" einem Erklärungsempfänger vor. Der Reichsgerichtsfall ist dabei unserem Problem insoweit vorgelagert, als in dem Reichsgerichtsfall der Erklärende noch nicht einmal den äußeren Anschein erwecken will, einen Zugang i.S.d. § 130 bewirken zu wollen. Für unser Problem, in dem der Erklärende durch die Einschaltung eines Boten, der mit der Übermittlung der Erklärung für den Fall des Todes des Erklärenden beauftragt wird, wenigstens den äußeren Anschein eines Zugangs gem. § 130 Abs. 2 erwecken will, gibt die Reichsgerichtsentscheidung nichts her.

Aus dieser Entscheidung können somit keinerlei Schlüsse für die hier behandelte Problematik des § 130 Abs. 2 gezogen werden. Es bleibt also dabei, daß auch im Rahmen einer allgemeinen Interessenanalyse kein schutzwürdiges Interesse an der Anwendbarkeit des § 130 Abs. 2 auf Fälle des bewußt postmortal herbeigeführten Zugangs besteht.

3. Die Vollmachtsfälle

Statt eines Boten kann sich der Geschäftsherr auch eines Bevollmächtigten bedienen. Wie wir gesehen haben, kam es bei der Lösung der Botenproblematik entscheidend darauf an, ob der Bote nach dem Willen des Geschäftsherrn noch zu dessen Lebzeiten tätig werden sollte und der Tod des Geschäftsherrn diese Absicht nur "zufällig" vereitelte, oder ob der Bote von vornherein nach dem Willen des Geschäftsherrn erst nach dessen Tode agieren sollte und damit der Tod des Geschäftsherrn bewußt in die Planung des Rechtsgeschäfts aufgenommen war.

Im ersten Fall bestanden keinerlei Bedenken dagegen,

durch das Handeln des Boten nach dem Tode des Geschäftsherrn mit Hilfe der §§ 130 Abs. 2, 153 Rechtsgeschäfte mit den Erben zustandekommen zu lassen. Dabei kam es nicht darauf an, ob der Geschäftspartner (Zuwendungsempfänger bei den Schenkungsfällen) bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts in bezug auf den Tod des Geschäftsherrn bösgläubig war. Ob erbrechtliche Formen anzuwenden waren, hing davon ab, ob in der Sache eine Zuwendung von Todes wegen vorlag. Da ein gem. §§ 130 Abs. 2, 153 zustandegekommenes Rechtsgeschäft so anzusehen war, als ob es noch zu Lebzeiten des Erklärenden zustandegeworden wäre, kam es darauf an, ob das Rechtsgeschäft als ein solches - als ein zu Lebzeiten des Erklärenden vollendetes - in der Sache eine Zuwendung von Todes wegen darstellte.

Im zweiten Fall lagen, soweit es sich um Schenkungen handelte, in der Sache und auch schon in der äußeren Gestaltung in Wirklichkeit immer testamentarische Verfügungen von Todes wegen vor, die zur Wirksamkeit der entsprechenden erbrechtlichen Formen bedurften. Ein lebzeitiges Rechtsgeschäft konnte über § 130 Abs. 2 nicht mehr zustandekommen. Letzteres galt auch ganz unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten.

Diese Unterscheidung muß sicherlich auch bei den Vollmachtsfällen eine zentrale Rolle spielen. Die auf dem Spiele stehenden Interessen der Beteiligten (Erblasser/Schenker, Erben, Bedachter/Beschenkter) sind nämlich bei den Vollmachtsfällen dieselben wie bei den Botenfällen. Ob der Zuwendende das gegenüber dem Geschäftsgegner vorzunehmende Rechtsgeschäft durch eine eigene Willenserklärung (Botenfälle) oder durch eine fremde, aber aufgrund einer Vollmacht gegen ihn wirkende Willenserklärung (Vollmachtsfälle) zustande bringen will, kann demgegenüber nur eine sekundäre Rolle spielen. Es handelt sich um einen rein konstruktiven Unterschied.

Die Wertungsfrage bleibt dieselbe: Wie weit und in welchen Formen kann es der Erblasser erreichen, daß eine von ihm beauftragte Mittelsperson noch nach seinem Tode gegen die Erben wirkende Rechtsgeschäfte vermittelt. Es wäre kaum einzusehen, wenn die Antwort auf diese Wertungsfrage davon beeinflußt werden sollte, ob der Erblasser zur Verwirklichung seines Willens sich der Botenkonstruktion oder der Vollmachtenkonstruktion bedient.

Das bei der Botenkonstruktion gefundene Lösungskriterium (Zufälligkeit oder bewußte Herbeiführung des postmortalen Handelns der Mittelsperson) finden wir in der Literatur zum Vollmachtenrecht schon als Kriterium, um zwei verschiedene Vollmachtenarten zu differenzieren. Es wird zwischen der Vollmacht über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) und der Vollmacht auf den Todesfall (postmortale Vollmacht) unterschieden.¹

Bei der transmortalen Vollmacht wird die Vollmacht schon zu Lebzeiten des Vollmachtgebers wirksam. Der Tod des Vollmachtgebers ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Vollmacht. Der Bevollmächtigte ist schon zu Lebzeiten des Vollmachtgebers autorisiert, das Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme er bevollmächtigt ist, vorzunehmen. Bevor er aber dazu kommt, tritt zufällig der Tod des Vollmachtgebers dazwischen. Trotzdem kann in einem solchen Fall (vgl. §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1) die Vollmacht fortbestehen. Solch eine über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortbestehende Vollmacht wird als transmortale Vollmacht bezeichnet.

Bei der postmortalen Vollmacht soll die Vollmacht erst mit dem Tode des Vollmachtgebers wirksam werden. Der

¹ Zu dieser Unterscheidung vgl. Heinz S. 1 ff; Harder, Festschrift S. 516, 517; von Lübtow, S. 1240.

Tod des Vollmachtgebers soll Wirksamkeitsvoraussetzung der Vollmacht sein. Der Bevollmächtigte ist zu Lebzeiten des Vollmachtgebers nicht autorisiert, das Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme er bevollmächtigt ist, vorzunehmen. Daß der Bevollmächtigte erst postmortal tätig wird, beruht nicht auf einem Zufall, sondern ist intendiert. Solch eine erst mit dem Tod des Vollmachtgebers wirksam werdende Vollmacht wird als postmortale Vollmacht bezeichnet.

Wir wollen uns zuerst mit der transmortalen Vollmacht beschäftigen und von folgendem Beispielsfall ausgehen: Der Schenker beauftragt und bevollmächtigt eine Mittelsperson, eine unwiderrufliche Handschenkung von Todes wegen gegenüber einem Zuwendungsempfänger im Namen des Schenkers vorzunehmen. Bevor die Mittelsperson gegenüber dem zu Beschenkenden tätig wird, tritt "zufällig" der Tod des Schenkers dazwischen. Erst danach kommt es zwischen der Mittelsperson und dem zu Beschenkenden zu den entsprechenden Einigungen (dingliche Einigung bezüglich des Zuwendungsgegenstandes und Schenkungseinigung). Die Wirksamkeit der dinglichen Einigung hängt hier ausschließlich, die der schuldrechtlichen auch von der Vertretungsmacht der Mittelsperson ab. Die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Schenkungseinigung hängt außerdem davon ab, ob erbrechtliche Formvorschriften zur Anwendung kommen.

Die Vertretungsmacht kann sich nur aus der Vollmacht ergeben, die zu Lebzeiten des Schenkers bestanden hat. Die Frage, ob diese Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers erloschen ist, beantwortet sich nach § 168 Satz 1, der das Erlöschen der Vollmacht nach Maßgabe des Rechtsverhältnisses bestimmt, das der Erteilung der Vollmacht zugrundeliegt. Das ist hier - wie meistens bei einer Vollmacht - ein Auftragsverhältnis zwischen Schenker und Mittelsperson. Im Auftragsrecht ist in

§ 672 Satz 1 bestimmt, daß der Auftrag im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers erlischt.

Diese Regelung ist auf dem Hintergrund des erbrechtlichen Prinzips der Universalsukzession zu sehen. In bezug auf ein zwischen zwei Personen bestehendes schuldrechtliches Rechtsverhältnis (hier: Auftrag) kann dieses Prinzip beim Tod einer Partei immer erst dann zum Tragen kommen, wenn die Parteien nicht - aufgrund ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit - bestimmt haben, daß der Tod dieser Partei das Erlöschen des Rechtsverhältnisses zur Folge haben soll. Deshalb sagt § 672 Satz 1: "im Zweifel". Damit ist der Fall gemeint, daß die Parteien nicht das Erlöschen des Auftragsverhältnisses für den Fall des Todes des Auftraggebers angeordnet haben. Fehlt eine solche Anordnung, so gilt auch für ein Auftragsverhältnis das, was gem. §§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 für alle Rechtsverhältnisse gilt, wenn eine der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen stirbt: das Rechtsverhältnis wird mit den Erben fortgeführt, soweit nicht höchstpersönliche Rechtspositionen in Frage stehen, die aus der Natur der Sache heraus - aus ihrer unauflöslichen Verknüpfung mit der Person des Erblassers heraus - von der Universalsukzession ausgenommen sind. Nach dem vor Inkrafttreten des BGB's bestehende Rechtszustand wurde das Auftragsverhältnis aufgrund des persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Auftraggeber und Beauftragtem als ein solches höchstpersönliches Rechtsverhältnis angesehen.¹ Die Verfasser des BGB's sahen dies nicht so. Deshalb unterstellten sie auch das Auftragsverhältnis beim Tod des Auftraggebers den Grundsätzen der Universalsukzession. Dies sprachen sie nur deshalb ausdrücklich im Gesetzestext aus, weil der vorher herrschende Rechtszustand ein anderer gewesen war.² § 672 Satz 1 hat so-

1 Motive Bd. II S. 546, 547.

2 Motive Bd. II S. 547.

mit nur eine klarstellende Funktion. Er stellt klar, daß die Rechte und Pflichten eines Auftraggebers aus einem von ihm geschlossenen Auftragsvertrag nicht höchstpersönlich und damit unvererblich sind, sondern beim Tode des Auftraggebers im Wege der Universalsukzession auf die Erben übergehen. Das Auftragsverhältnis besteht zwischen Erben und Beauftragtem mit dem Inhalt fort, mit dem es zwischen Auftraggeber und Beauftragtem gegolten hat. Das gleiche gilt gem. § 168 Satz 1 für das an das Auftragsverhältnis "angelehnte" Vollmachtsverhältnis.¹

Damit scheint festzustehen, daß der Bevollmächtigte - so lange die Erben die Vollmacht nicht widerrufen haben, was sie jederzeit tun können (§ 168 Satz 1 in Vbdg. mit § 671 Satz 1) - in den transmortalen Vollmachtsfällen noch nach dem Tode des Geschäftsherrn gegen die Erben wirkende Verträge wirksam abschließen kann. Er hat das "externe Können", da die Vollmacht fortbesteht. Er hält sich auch im Rahmen des "internen Dürfens", da auch der Auftrag fortgilt. Somit kommt anscheinend eine Unwirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäftes auch unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauches der Vertretungsmacht nicht in Betracht.

- a) Mißbrauch der vom Erblasser erteilten und nach dem Erbfall gegen die Erben wirkenden Vollmacht

An diesem Punkt setzen die Bedenken einer in der neueren Literatur vertretenen Ansicht ein. Sie kommt aufgrund dieser Bedenken in einigen Fällen der transmortalen Vollmacht wegen Vollmachtsmißbrauchs zur Unwirksamkeit der von dem Bevollmächtigten getätigten Rechtsge-

1 Protokolle Bd. I S. 299; vgl. dazu Flume AT § 50 Z. 1.

schäfte.¹

Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren wie folgt: Nach dem Tode des Erblassers, der den Auftrag und die Vollmacht erteilt hat, seien die Erben die Auftraggeber und Vollmachtgeber des Beauftragten und gleichzeitig Bevollmächtigten. Die Pflichtbindung des Beauftragten (vgl. insbesondere §§ 665, 666), die vorher im Verhältnis zum Erblasser als Auftraggeber bestanden habe, bestünde nun gegenüber den Erben. Ihren Willen habe der Beauftragte von nun an zu respektieren. Ihnen stünde von nun an das Weisungsrecht zu, das der Regelung der §§ 665, 666 zugrunde liegt. Von diesem Weisungsrecht könnten sie aber nur Gebrauch machen, wenn der Beauftragte ihnen mitteilte, daß überhaupt ein Auftrag und eine Vollmacht vom Erblasser erteilt worden seien. Aus der Pflichtbindung des Beauftragten ihnen gegenüber folge, daß der Beauftragte sie darüber informieren und dann ihre Weisungen betreffs dieses Auftrags (und Gebrauchs der Vollmacht) abwarten müsse. Tue er dies nicht, führe er also den Auftrag aus und make er von der Vollmacht Gebrauch, ohne sich zu vergewissern, ob die Erben damit einverstanden seien, so mißbrauche er die Vollmacht. Sei für den Geschäftsgegner, mit dem der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft trans mortal abschließe, dieser Vollmachtsmißbrauch evident,² so sei dieses Rechtsgeschäft unwirksam.

1 So: Flume AT § 51 Z. 5 b; Harder, Festschrift S. 515, 517, 518; Medicus BR RdNr. 399.

2 Die Rechtsprechung geht beim Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht von diesem Evidenz Gesichtspunkt aus, sondern läßt die Mißbrauchsgrundsätze dann eingreifen, wenn der Geschäftsgegner den Mißbrauch erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat (BGH LM Nr. 13 zu § 515 ZPO; BGH NJW 1966, 1911; BGH JZ 64, 420; RGZ 159, 363, 367; RGZ 75, 299, 301). Im übrigen kommt die Rechtsprechung auch nicht zu einer Unwirksamkeit des von dem Vertreter getätigten Rechtsgeschäfts, sondern zu einem Arglist einwand des Vertretenen. Beides ist für uns hier noch ohne Interesse, da wir uns hier noch da-

Diese Auffassung führt dazu, daß von dem Bevollmächtigten ohne Rücksicht auf den Willen der Erben vorgenommene transmortale Rechtsgeschäfte nur dann wirksam sind, wenn der Geschäftsgegner "gutgläubig" ist. Wobei zu be-

(Forts.)

mit beschäftigen, ob in unserer Fallkonstellation die Rechtsfigur des Vollmachtsmißbrauchs überhaupt anwendbar ist. Im übrigen sind diese Unterschiede ohne praktische Bedeutung. Will der Vertretene das Rechtsgeschäft trotz des Mißbrauchs gegen sich gelten lassen, so kommt es nicht zum Rechtsstreit. Kommt es wegen des Mißbrauchs zum Rechtsstreit, so ist es gleichgültig, ob der Vertretene an dem Rechtsgeschäft deshalb nicht festgehalten werden kann, weil es von vornherein wegen des Mißbrauchs unwirksam ist, oder deshalb, weil ihm der Arglisteinwand zusteht. Auch der andere Streitpunkt (Fahrlässigkeit oder Evidenz) ist praktisch bedeutungslos, da Einigkeit darüber besteht, daß den Geschäftsgegner keine Pflicht zu Nachforschungen über das Innenverhältnis trifft. Auch die Rechtsprechung will mit der Fahrlässigkeit nur die Fälle erfassen, in denen der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so daß beim Geschäftsgegner Zweifel entstehen mußten, denen er aber nicht nachgegangen ist (BGH NJW 1966, 1911). Für die vorliegenden Fälle würde man - sei es, daß man vom dogmatischen Ansatzpunkt der Fahrlässigkeit, sei es, daß man von dem der Evidenz ausgeht - zu folgenden Ergebnissen kommen: Gegenüber dem Geschäftsgegner, der überhaupt nichts vom Erbfall weiß, würden die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht sicher nicht durchgreifen. Ebenso sicher würden sie dagegen Anwendung finden, wenn der Geschäftsgegner weiß, daß der Erbfall erfolgt ist und der Bevollmächtigte ihm gegenüber handelt, ohne sich vorher über den Willen der Erben vergewissert zu haben. Fraglich und nur nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden wären die Fälle, in denen der Geschäftsgegner zwar den Erbfall kennt, aber nichts über das Einverständnis bzw. Nichteinverständnis der Erben weiß. Da den Geschäftsgegner prinzipiell keine Erkundigungspflicht bezüglich des Innenverhältnisses trifft, wird man diese Rechtsgeschäfte als wirksam ansehen müssen, es sei denn, daß besondere Umstände den Schluß aufdrängen, daß der Bevollmächtigte gehandelt hat, ohne sich über den Willen der Erben vergewissert zu haben. Letzteres dürfte insbesondere bei Schenkungen zu bejahen sein (vgl. Flume AT § 51 Z. 5 b)

achten ist, daß der Geschäftsgegner nur dann "bösgläubig" ist, wenn er den Erbfall kennt und er außerdem weiß bzw. es für ihn evident ist, daß der Bevollmächtigte ihm gegenüber gehandelt hat, ohne sich vorher über den Willen der Erben vergewissert zu haben.

Diese Auffassung ist abzulehnen; sie steht mit der gesetzlichen Regelung des Erlöschens bzw. Nichterlöschens des Auftrags und der Vollmacht nicht im Einklang.

Betrachten wir zuerst einmal den Zeitraum, in dem der Beauftragte von dem eingetretenen Erbfall noch nichts weiß. Nimmt er in diesem Zeitraum das Rechtsgeschäft gegenüber dem Geschäftsgegner vor, so mißbraucht er - bei Zugrundelegung dieser Auffassung - auch jetzt schon die Vollmacht. Der Mißbrauch der Vollmacht setzt danach nämlich kein Verschulden des Vertreters voraus. Es genügt vielmehr ein objektiver Mißbrauch der Vertretungsmacht. Der liegt aber auch jetzt schon vor, weil der Vertreter objektiv ohne Einverständnis der Erben handelt, die zum Zeitpunkt dieses Handelns schon die zu respektierenden Geschäftsherren sind. Ist nun der Geschäftsgegner im o.g. Sinne bösgläubig, weil er - im Gegensatz zum Vertreter - den Erbfall kennt und das Nichteinverständnis der Erben für ihn evident ist, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam.

Diese Anwendung der Mißbrauchsgrundsätze ist als solche in sich konsequent. Das Wissen des Geschäftsgegners darum bzw. die Evidenz dessen, das das "externe" Handeln des Bevollmächtigten durch sein "internes" Dürfen nicht gedeckt wird, beseitigt die Legitimationswirkung der Vertretungsmacht. Für diese Frage ist das Wissen bzw. das Verschulden des Vertreters ohne Belang.¹

¹ So ausdrücklich Flume AT § 45 II Z. 3. Medicus BR RdNr. 399 geht auf diese Frage nicht ausdrücklich ein, verweist aber bejahend auf die Ausführungen

Darauf kommt es nur für die ganz andere Frage an, ob der Vertretene gegen den Vertreter Schadensersatzansprüche hat.

Auch in dem Zeitraum, in dem der Bevollmächtigte vom Erbfall noch nichts weiß, kann er somit nach dieser Auffassung wirksame Rechtsgeschäfte nur mit im o.g. Sinne gutgläubigen Geschäftspartnern abschließen. Wobei zu

(Forts.)

Flume's, ohne Einschränkungen zu machen. Harder, der ebenfalls bei dieser Konstellation Mißbrauchsgrundsätze anwenden will, verlangt dagegen sogar Schädigungsabsicht des Vertreters; vgl. Festschrift S. 515, 518. Es handelt sich hierbei um ein allgemeines Problem aus dem Problembereich des Mißbrauchs der Vertretungsmacht, das unabhängig von der Anwendbarkeit der Mißbrauchsgrundsätze auf die transmortale Vollmacht besteht. Dieses allgemeine Problem geht dahin, ob die Mißbrauchsgrundsätze ein vorwerfbares Verhalten des Vertreters voraussetzen. Die höchststrichterliche Rechtsprechung hat diese Frage in einigen Entscheidungen bejaht (vgl. RGZ 75, 299, 301: "bewußter" Mißbrauch durch den Vertreter; BGH NJW 1966, 1911 und BGH NJW 1968, 1379, 1380 sprechen von einem "Treueverstoß" des Vertreters). Auch in der Literatur wird zum Teil vertreten, daß nur bei einem solchen gegen den Vertretenen gerichteten Verhalten des Vertreters ein Schutzbedürfnis des Vertretenen bestehe (so insbes. R. Fischer S. 3 ff, 16, 17). Dies ist indes nicht der richtige Ansatzpunkt. Weiß der Vertragspartner, daß das Handeln des Bevollmächtigten objektiv durch dessen "internes Dürfen" nicht gedeckt wird, so entfällt ihm gegenüber die Legitimationswirkung der Vollmacht. Diese Legitimationswirkung entfällt unabhängig davon, aus welchen Gründen (unverschuldetes Nichtwissen, Dummheit, Treuwidrigkeit oder was auch immer) der Bevollmächtigte so handelt wie er handelt (vgl. dazu Stoll S. 115 ff, 122, 133; Tank NJW 1969, 6, 9). Deshalb ist den Entscheidungen der Rechtsprechung und den Autoren zuzustimmen, die für den Vollmachtsmißbrauch nicht auf ein vorwerfbares Verhalten des Vertreters, sondern ausschließlich auf einen objektiven Mißbrauch sowie auf die subjektiven Erfordernisse beim Vertragspartner abstellen (so: RGZ 134, 67, 71, 72; RGZ 145, 311, 314; Lehmann JW 1934, 683, 684; Flume AT § 45 II Z. 3 am Ende). Nur diese Umstände berühren die Legitimationswirkung der Vollmacht.

beachten ist, daß Auftrag und Vollmacht durch den Erbfall nicht erloschen sind.

Dieses Ergebnis überrascht. Es überrascht deshalb, weil dasselbe Ergebnis kraft Gesetzes gilt, wenn Auftrag und Vollmacht durch den Erbfall erlöschen. Erlischt der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers, weil die Parteien des Auftragsverhältnisses dies so bestimmt haben, so gilt (Fiktion) dessenungeachtet zugunsten des Beauftragten, der von diesem Tod noch nichts weiß und auch noch nichts wissen muß, der Auftrag gem. § 674 als fortbestehend. Dann gilt weiterhin (ebenfalls Fiktion) gem. § 168 Satz 1 die Vollmacht insoweit als fortbestehend. § 169 ordnet für diesen Fall ausdrücklich an, daß diese fiktive Vollmacht nicht zugunsten eines Dritten wirkt, der weiß oder wissen muß, daß die Vollmacht in Wirklichkeit durch den Tod des Vollmachtgebers erloschen ist. Es liegt nahe, daß der Gesetzgeber der Auffassung war, daß ohne diese Anordnung sich bösgläubige Dritte auf diese fiktive Vollmacht hätten berufen können. Daß der Gesetzgeber wirklich dieser Ansicht war, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der erste Entwurf kannte keine dem heutigen § 169 entsprechende Vorschrift. Dies wollten die Gesetzesverfasser auch so verstanden wissen, daß bei dieser fiktiven Vollmacht die Bösgläubigkeit des Dritten keine Rolle spielen sollte. In den Motiven heißt es: "Kein Gewicht ist darauf zu legen, ob der beteiligte Dritte z.Zt. der Vornahme des Geschäfts vom Eintritt der Erlöschens-tatsache unterrichtet war oder nicht. Wenn die Mehrzahl der Gesetze bei Kenntnis des Dritten das Geschäft gegenüber dem Vertretenen für unwirksam erklären, so liegt darin eine Durchbrechung der Annahme des Fortbestehens der Vollmacht, für welche es, abgesehen davon, daß sie eine gefügige Handhabe zu Schikanen und Strei-

tigkeiten bietet, an zureichenden Gründen gebricht".¹

Die zweite Kommission schuf dann die Regelung des heutigen § 169.² Sie stellte darauf ab, daß Sinn und Zweck der Fiktion der Vollmacht dahin gingen, den Bevollmächtigten und Dritte zu schützen; bösgläubige Dritte seien aber nicht schutzwürdig. Der Gesetzgeber sah es also - wie die verschiedenen Lösungen in den verschiedenen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens zeigen - als zweifelhaft an, ob nicht sogar der bösgläubige Geschäftspartner des bloß fiktiv Bevollmächtigten geschützt werden müsse. Dies hat der Gesetzgeber dann letztlich unter Berufung auf Sinn und Zweck der Fiktion verneint. Dieses Argument entfällt aber, wenn die Vollmacht nicht fiktiv, sondern wirklich fortbesteht. Der § 169 bezieht sich dementsprechend auch nicht auf die wirklich fortbestehende, sondern auf die als fortbestehend geltende Vollmacht.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Gesetzesverfasser, die es sogar erwogen haben, den Geschäftsgegner des fiktiv Bevollmächtigten zu schützen, der um das Erlöschen der Vollmacht aufgrund des Todes des Vollmachtgebers weiß, nicht auf die Idee gekommen sind, daß der Geschäftsgegner des wirklich Bevollmächtigten ungeschützt sein könnte, der den Tod des Vollmachtgebers kennt, durch den die Vollmacht nicht erlischt. Eine Vollmacht, die in Wirklichkeit erloschen war, aber fiktiv weitergalt, sollte gemäß § 169 in ihrer Wirkung gegenüber Dritten eingeschränkt sein, aber doch nicht eine in Wirklichkeit fortbestehende Vollmacht. Die Anwendung der Grundsätze über den Vollmachtsmißbrauch führt also für diesen Zeitraum, in dem der Bevollmächtigte den Tod des Vollmachtgebers noch nicht kennt und

1 Motive Bd. I S. 236.

2 Protokolle Bd. I S. 148.

noch nicht kennen muß, zu dem Ergebnis, daß der Vertragspartner, dem gegenüber ein wirklich Bevollmächtigter handelt, genauso behandelt wird wie ein Vertragspartner, dem gegenüber nur ein bloß fiktiv Bevollmächtigter handelt. Dies kann aber nicht den Intentionen der Gesetzesverfasser entsprechen, die ursprünglich sogar bei der in Wirklichkeit erloschenen und nur fiktiv fortbestehenden Vollmacht alle Geschäftsgegner als schutzwürdig ansahen und dann später in § 169 den Bösgläubigen nur wegen des fiktiven Charakters der Vollmacht aus diesem Schutzbereich wieder herausgenommen haben. Dieser Grund trifft aber für die in Wirklichkeit fortbestehende Vollmacht nicht zu.

Der für den eben behandelten Zeitraum geltende Vorwurf, daß die Lehre vom Mißbrauch der vom Erblasser erteilten Vollmacht die Fälle der fortbestehenden Vollmacht gleich den Fällen der erloschenen Vollmacht behandelt, trifft für den Zeitraum danach nicht uneingeschränkt zu. Für diesen Zeitraum gilt für die Fälle, in denen die Parteien für den Fall des Todes des Vollmachtgebers ein Erlöschen der Vollmacht angeordnet haben, daß der Bevollmächtigte, der nun um den Tod weiß bzw. wissen muß, keine Rechtsgeschäfte mit Dritten mehr wirksam vornehmen kann. Die Vollmacht ist erloschen; die fiktive Vollmacht greift nicht mehr ein; der gute Glaube an eine nicht existierende Vollmacht wird nicht geschützt. Der Bevollmächtigte kann somit aufgrund der vom Erblasser erteilten Vollmacht überhaupt nicht mehr mit Wirkung gegen die Erben tätig werden. Die Lehre vom Mißbrauch der vom Erblasser erteilten Vollmacht kommt nun aber auch für diesen Zeitraum zu einer weitgehenden Angleichung der Rechtslage bei einer fortbestehenden Vollmacht an diese Rechtslage bei erloschener Vollmacht.

Dies gilt uneingeschränkt für den Fall, daß der Bevoll-

mächtigte bei fortbestehender Vollmacht die von den Anhängern dieser Lehre postulierte Pflichtbindung gegenüber den Erben respektiert. Vergewissert sich der Bevollmächtigte, ob die Erben dem vorzunehmenden Rechtsgeschäft zustimmen, und nimmt er dieses Rechtsgeschäft nicht vor, weil sie nicht einwilligen, so treten keinerlei Rechtsfolgen ein; ebenso wie beim Erlöschen der Vollmacht. Vergewissert der Bevollmächtigte sich und nimmt er das Rechtsgeschäft dann vor, weil die Erben einverstanden sind, so kommt das dann vorgenommene Rechtsgeschäft konstruktiv noch aufgrund der Vollmacht des Erblassers zustande. In der Sache - wenn auch nicht konstruktiv - liegt der Fall aber genauso, als wenn die Vollmacht erloschen wäre und die Erben eine neue Vollmacht erteilt hätten. Durch die Pflichtbindung des Bevollmächtigten gegenüber den Erben wird, wenn der Bevollmächtigte in diesem Sinne pflichtgetreu ist, genau dasselbe erreicht, als wenn die Vollmacht erloschen wäre. In beiden Fällen wird das Rechtsgeschäft nur noch dann wirksam vorgenommen, wenn die Erben dies wünschen. Das Fortbestehen der Vollmacht des Vollmachtgebers hat in der Sache keine eigenständige Bedeutung mehr.

Solange der Bevollmächtigte gutgläubig bezüglich des Todes des Vollmachtgebers ist, gelten bei Zugrundelegung der Mißbrauchslehre dieselben Rechtsfolgen, als wenn die Vollmacht erloschen wäre. Die Rechtsfolgen der fortbestehenden Vollmacht werden den Rechtsfolgen des § 169 angeglichen. Wird er bösgläubig und verhält er sich pflichtgetreu im Sinne dieser Lehre, so sind die Rechtswirkungen der fortbestehenden Vollmacht in der Sache ebenfalls dieselben, als wenn die Vollmacht erloschen wäre. Eine Differenz zwischen erloschener und fortbestehender Vollmacht ergibt sich für die Mißbrauchslehre erst dann, wenn der bösgläubig gewordene Bevollmächtigte nicht pflichtgetreu im Sinne dieser

Lehre handelt. Die fortbestehende Vollmacht vermag dann nämlich die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zu begründen, die der Bevollmächtigte mit gutgläubigen Dritten vornimmt, während beim Erlöschen der Vollmacht zu diesem Zeitpunkt keinerlei wirksame Rechtsgeschäfte mehr vorgenommen werden können.

Es kann indes nicht angenommen werden, daß das Gesetz nur dies gewollt hat, wenn es den Fortbestand der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus angeordnet hat. Dagegen spricht schon, daß es unwahrscheinlich ist, daß das Gesetz eine Rechtsmacht zwar fortbestehen läßt, aber gleichzeitig dieser Rechtsmacht nur dann rechtliche Bedeutung beimessen will, wenn sie "mißbraucht" wird. Außerdem haben wir schon gesehen, daß das Gesetz in unserem Zusammenhang solch eine beschränkte Rechtswirkung - Wirkung nur zugunsten des gutgläubigen Geschäftspartners - für den Fall der fiktiven Vollmacht angeordnet hat. Die fiktive Vollmacht kommt aber erst beim Erlöschen der Vollmacht zum Zuge, während das Gesetz für unseren Fall den Fortbestand der Vollmacht angeordnet hat. Letztendlich kommt als entscheidendes Argument hinzu, daß der Gesetzgeber die mit der sog. Pflichtbindung verbundene Problematik durchaus gesehen, sie aber anders gewertet hat als es die Anhänger der Mißbrauchslehre tun.

Der zweiten Kommission lag ein Antrag vor, der den Auftrag und damit auch die Vollmacht durch den Tod des Auftraggebers erlöschen lassen wollte, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart hätten.¹ Die Begründung dieses Antrags könnte geradezu von den Vertretern der Mißbrauchslehre stammen: "Der Beauftragte müsse stets mit den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen seines Machtgebers rechnen. Der Tod des Auftraggebers bewirke aber in der Regel eine völlige Umgestaltung der

¹ Protokolle Bd. II S. 371.

wirtschaftlichen Verhältnisse, die der Beauftragte berücksichtigen müsse; eine Handlung, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers förderlich und geboten sei, könne unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Erben höchst nachteilig sein. Der Beauftragte könne mithin regelmäßig nicht mit Sicherheit handeln, bevor er wisse, wer die Erben seien, und bevor er sich über die Verhältnisse der Erben informiert habe".¹ Die zweite Kommission lehnte diesen Antrag ab. Die Erben würden, wenn man den Durchschnitt der Fälle ins Auge fasse, mehr benachteiligt, wenn die "zweckmäßigen" Aufträge des Erblassers unausgeführt bleiben müßten, als wenn einmal ein "unzweckmäßiger" - ein den Interessen der Erben nicht entsprechender - Auftrag nach dem Tode des Erblassers ausgeführt würde. Überdies sei zu berücksichtigen, daß die Erben sich die Ausführung dieses Auftrages ja auch dann hätten "gefallen lassen" müssen, wenn der Erblasser zufällig diese Ausführung noch erlebt hätte.²

Der Gesetzgeber ging also offensichtlich davon aus, daß bei der von ihm statuierten Regelung die "unzweckmäßigen Aufträge", die der Bevollmächtigte noch nach dem Tod des Vollmachtgebers ausführt, Rechtswirkungen gegen die Erben äußern. Sonst wäre nichts da, was die Erben sich "gefallen lassen" müßten. Davon, daß die Erben sich diese Rechtswirkungen nur gegenüber gutgläubigen Dritten "gefallen lassen" müßten, ist nicht die Rede. Der Gesetzgeber wollte vielmehr, wie der von ihm gezogene Vergleich zeigt, in bezug auf die Erben diese Rechtsgeschäfte so ansehen, als ob ihre Vollendung - wie geplant - noch zu Lebzeiten des Erblassers gelungen wäre. Die vom Erblasser noch vollendeten Rechtsgeschäfte muß der Erbe aber alle hinnehmen. Der Gesetzge-

1 Protokolle Bd. II S. 372.

2 Protokolle Bd. II S. 373.

ber hat also durchaus gesehen, daß bezüglich der von dem Bevollmächtigten vorzunehmenden Rechtsgeschäfte die Interessen des Erblassers und die der Erben divergieren können. Er hätte aus diesem Grunde die generelle Lösung wählen können, daß Auftrag und Vollmacht mit dem Tode des Auftraggebers erlöschen. Dies hat er nicht getan, weil dadurch nicht nur die den Interessen der Erben widersprechenden, die "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte, sondern auch die den Interessen der Erben entsprechenden, die "zweckmäßigen" Rechtsgeschäfte, nach dem Tode des Auftraggebers nicht mehr hätten durchgeführt werden können. Deshalb hat der Gesetzgeber, um den "zweckmäßigen" Rechtsgeschäften zum Erfolg zu verhelfen, die generelle Regelung getroffen, daß Auftrag und Vollmacht fortbestehen. Dabei hat er bewußt die aus dieser generellen Lösung folgende Wirksamkeit der "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte in Kauf genommen, ohne innerhalb der Gruppe dieser Rechtsgeschäfte noch einmal zu differenzieren. Bezüglich dieser Geschäfte hat der Gesetzgeber die Interessen der Erben mit dem Hinweis darauf zurückgestellt, daß die Erben diese Rechtsgeschäfte ja auch dann hätten hinnehmen müssen, wenn ihre Vollendung zufällig noch zu Lebzeiten des Erblassers gelungen wäre.

Die Lehre vom Mißbrauch der vom Erblasser erteilten Vollmacht will nun den Interessenschutz der Erben über diesen vom Gesetzgeber gesetzten Rahmen hinaus noch weiter ausdehnen. Nach den Grundsätzen dieser Lehre brauchen sich die Erben die "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte nicht mehr alle "gefallen zu lassen". Sie brauchen die Rechtsgeschäfte nicht gegen sich gelten zu lassen, die der Bevollmächtigte nach dem Tode des Vollmachtgebers mit Geschäftsgegnern vornimmt, die diesen Tod kennen und für die das Nichteinverständnis der Erben mit diesem Rechtsgeschäft evident ist. Nur dies sind die Divergenzfälle zwischen der gesetzgeberischen Lösung und der Mißbrauchslehre. Soweit es um die "zweckmäßi-

gen Rechtsgeschäfte" geht, wird regelmäßig das Einverständnis der Erben vorliegen; im Ausnahmefall des Nichteinverständnisses wird sich dem Vertragspartner dieses Nichteinverständnisses nicht aufdrängen. Die Frage geht also dahin, ob entgegen der gesetzgeberischen Lösung die Fälle von der generellen Wirksamkeitsregelung des Gesetzes ausgenommen sein sollen, in denen sich dem den Tod des Vollmachtgebers kennenden Geschäftspartner das Nichteinverständnis der Erben mit dem vorgenommenen "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäft aufdrängt.

Dafür kann man anführen, daß die "ratio legis" für die Fortdauer der Vollmacht über den Tod hinaus der Erbenschutz ist; die "zweckmäßigen" Rechtsgeschäfte sollen ohne Verzug und Behinderung im Interesse der Erben durchgeführt werden können. Dieser Wertungsgesichtspunkt (Erbenschutz) wird von der Mißbrauchslehre nur noch weiter ausgedehnt, indem sie die Wirksamkeit der "unzweckmäßigen Rechtsgeschäfte" einschränkt. Demgegenüber könnte die Vorstellung des Gesetzgebers, daß man um der Wirksamkeit der "zweckmäßigen" Rechtsgeschäfte willen die Wirksamkeit aller "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte in Kauf nehmen müsse, eine konstruktive Fehlvorstellung sein. Ließe sich für die gesetzgeberische Lösung kein Wertungsgesichtspunkt finden, beruhte sie nur auf konstruktiven Fehlvorstellungen, so wäre der Rechtsanwendende befugt, die "ratio legis" entgegen den konstruktiven Fehlvorstellungen des Gesetzgebers zu Ende zu denken. Hat der Gesetzgeber sich nur aus fehlsamen konstruktiven Gründen bemüht gefühlt, die generelle Wirksamkeit auch der "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte in Kauf zu nehmen, die seinen Wertungsgesichtspunkt des Erbenschutzes ja beeinträchtigt, so ist der Rechtsanwendende daran nicht gebunden. Eine Bindung an dogmatische Fehlvorstellungen des Gesetzgebers gibt es

nicht.¹ Wenn dagegen die Anordnung des Gesetzgebers betreffs der generellen Wirksamkeit auch der "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte auf Wertungsgesichtspunkten beruht, so ist der Rechtsanwendende gebunden.²

Die konstruktive Fehlvorstellung des Gesetzgebers könnte hier darin liegen, daß er nur die Möglichkeit des "Alles oder Nichts" (Wirksamkeit aller Rechtsgeschäfte durch Fortdauer der Vollmacht oder Unwirksamkeit aller Rechtsgeschäfte durch Erlöschen der Vollmacht) gesehen hat, weil er ganz allgemein und nicht nur hier bei der transmortalen Vollmacht nicht die Möglichkeit anerkennt hat, die Wirksamkeitsfolgen einer bestehenden Vollmacht durch Mißbrauchsgrundsätze einzuschränken.

Der Gesetzgeber hat die Rechtsfigur des Mißbrauchs der Vollmacht weder prinzipiell bejaht noch prinzipiell verneint. Das Fehlen einer solchen grundsätzlichen Stellungnahme ist allerdings erstaunlich, weil das Gemeine Recht diese Rechtsfigur kannte.³ Nichtsdestoweniger haben die Gesetzesverfasser nur bei einer Einzelregelung - der der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vormundes - in den Gesetzesmaterialien Stellung genommen und zum Ausdruck gebracht, daß sie dort die Anwendung von Mißbrauchsgrundsätzen ablehnten, weil diese Grund-

1 Dazu, daß eine Bindung an falsche theoretische (konstruktive) Dogmen des Gesetzgebers im Gegensatz zu der Bindung an die Wertungen des Gesetzgebers nicht besteht, vgl.: von Lübtow, Festschrift S. 328, 344; Heck SachR § 78 IV; von Tuhr AT I S. 138. Allgemein zum Zusammenhang zwischen Wertung und Konstruktion vgl. Heck, Gesetzesauslegung S. 118 ff, 122, 126.

2 Andere Wertungen an die Stelle der Wertungen des Gesetzgebers zu setzen, ist der Rechtsanwendende erst dann befugt, wenn ohne diese "Neuwertung" ein "Rechtsnotstand" herrschen würde. Vgl. dazu Larenz Methodenlehre S. 399 ff. Davon kann hier sicherlich nicht die Rede sein.

3 Vgl. RGZ 15, 206 ff.

sätze "mit dem Gedanken der Repräsentativgewalt des Vormundes nicht vereinbar" seien.¹ Dieser Gedanke der Repräsentativgewalt läßt sich aber verallgemeinern und auf alle Vertretungsfälle übertragen. Es ist also durchaus möglich, daß die Gesetzesverfasser ganz allgemein - aus dem Wesen der Repräsentation heraus - der Rechtsfigur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ablehnend gegenüberstanden und aus diesem Grunde auch in unserer Konstellation (Fortdauer der Vollmacht über den Tod hinaus) zu einer generellen Wirksamkeit auch der "unzweckmäßigen" Rechtsgeschäfte gekommen sind. In Anbetracht dessen, daß Rechtsprechung und Literatur² sich inzwischen über eine allgemeine Ablehnung hinweggesetzt haben, bestünden auch in unserem Fall keine Bedenken gegen die Anwendung von Mißbrauchsgrundsätzen, wenn anzunehmen wäre, daß eine solche allgemeine Ablehnung der alleinige Grund für die vorliegende gesetzgeberische Regelung der transmortalen Vollmacht war. Eine allgemeine Ablehnung von Mißbrauchsgrundsätzen im Vertretungsrecht gilt eben im heutigen Recht nicht mehr. Wenn diese Ablehnung eine solche des Gesetzgebers gewesen sein sollte, so wäre sie nur aus begrifflichen Gründen erfolgt.

Es ist indes nicht anzunehmen, daß allein eine - dogmatisch inzwischen überholte - allgemeine Ablehnung von Mißbrauchsgrundsätzen im Vertretungsrecht die gesetzgeberische Lösung bestimmt hat. Sie ist vielmehr - zumindest auch - durch Wertungsgesichtspunkte begründet. Bei der fiktiven Vollmacht des § 169, die eingreift, wenn die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers erlischt,

1 Motive Bd. IV S. 1086.

2 Vgl.: BGHZ 50, 112, 114; BGH NJW 1966, 1911; BGH LM Nr. 13 zu § 515 ZPO; RGZ 143, 196, 200; RGZ 71, 219, 222; RGZ 52, 96, 99; Enneccerus-Nipperdey AT § 183 I 5; Flume AT § 45 II Z. 3; Lehmann-Hübner AT § 36 VI 4; Larenz AT § 30 II a.

hat der Gesetzgeber im Verlaufe der Entstehungsgeschichte als ein entscheidendes Argument dafür, daß sie gegenüber gut- und bösgläubigen Geschäftsgegnern gelten müsse, angeführt, daß eine differenzierende Lösung "eine gefügige Handhabe zu Schikanen und Streitigkeiten bietet".¹ Damit sind genau die Wertungsgesichtspunkte der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes genannt, die uns bei § 130 Abs. 2 bei transmortalen Rechtsgeschäften durch einen Boten dazu bewogen haben, solche Rechtsgeschäfte unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Erklärungsempfängers wirksam werden zu lassen. Diese Gesichtspunkte hat der Gesetzgeber nun aber im Vertretungsrecht nur bei der fiktiven Vollmacht des § 169 und nicht bei dem uns beschäftigenden Fall der wirklich fortbestehenden Vollmacht erörtert. Außerdem hat er für die fiktive Vollmacht später dann doch eine Lösung gewählt, die nach der Gutgläubigkeit und Bösgläubigkeit des Dritten differenziert. Zu dem ersten Einwand ist zu bemerken, daß ein Gesichtspunkt, der schon bei einer fiktiven Vollmacht für eine generelle Wirksamkeit der aufgrund dieser Vollmacht getätigten Rechtsgeschäfte spricht, erst recht bei einer wirklich fortbestehenden Vollmacht für solch eine generelle Wirksamkeit spricht. Ein Argument zugunsten der Geschäftsgegners, das schon bei der schwächeren Legitimation der fiktiven Vollmacht zu beachten ist, ist erst recht bei der stärkeren Legitimation der realen Vollmacht zu berücksichtigen. Daraus, daß eine wirklich fortbestehende Vollmacht eine stärkere Legitimation darstellt als eine bloß fiktive Vollmacht, ergibt sich auch die Antwort auf den zweiten Einwand. Daraus, daß der Gesetzgeber dann letztendlich für die schwächere Legitimation der fiktiven Vollmacht in § 169 das fehlende Schutzbedürfnis des bösgläubigen Geschäftspartners, der weiß oder wissen muß, daß die Vollmacht in Wirklichkeit erloschen

¹ Motive Bd. I S. 236.

ist, gegenüber dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes hat durchschlagen lassen, kann nicht gefolgert werden, daß dies auch für die stärkere Legitimation der wirklichen Vollmacht im Verhältnis zu einem bezüglich des Todes des Vollmachtgebers und des Nichteinverständnisses der Erben bösgläubigen Vertragspartner gelten muß. Was gegenüber der schwächeren Legitimation der fiktiven Vollmacht zuungunsten der Vertragspartner durchschlägt, braucht noch lange nicht gegenüber der stärkeren Legitimation der wirklich fortbestehenden Vollmacht durchzuschlagen.

Der Wertungsgesichtspunkt des Gesetzgebers hält auch einer objektiv teleologischen Betrachtungsweise stand. Bei einer objektiv teleologischen Betrachtungsweise zeigt sich, daß hier bei der Vollmacht die Interessenslage genau dieselbe wie bei § 130 Abs. 2 ist.

Das Interesse des Rechtsverkehrs an Rechtsklarheit geht dahin, daß bei den Tod des Machtgebers überdauernden Aufträgen und Vollmachten in dem Zeitraum bis zum Widerruf durch die Erben alle Rechtsgeschäfte wirksam werden, die der Bevollmächtigte gegenüber Dritten vornimmt. Dies ist ein objektives und sicheres Kriterium, während eine Differenzierung danach, ob der Dritte den Tod und das Nichteinverständnis der Erben gekannt hat, eine sichere Beurteilung der geltenden Rechtslage durch andere nicht erlaubt. Insbesondere erübrigt eine solche nicht differenzierende Betrachtungsweise, daß überhaupt festgestellt werden muß, ob der Vollmachtgeber zufällig vor oder nach dem Handeln des Bevollmächtigten gestorben ist.

Was die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten angeht, so ist das berechtigte Interesse des gutgläubigen Dritten in dieser Konstellation außer Streit; er wird auch bei der Anwendung von Mißbrauchsgrundsätzen geschützt. Der bösgläubige Dritte ist an und für sich - für sich gese-

hen - nicht schutzwürdig. Er vertraut auf das Zustandekommen eines Vertrages, obwohl er weiß, daß sein Vertragspartner, in dessen alleinigen Zuständigkeitsbereich der Abschluß dieses Vertrages fällt, zu diesem Vertrag seine Meinung noch gar nicht geäußert hat. Er muß aber im Interesse eines effektiven Schutzes des gutgläubigen Dritten mitgeschützt werden. Würde er dies nicht, so böte eben diese Regelung, die den Bösgläubigen nicht schützt, den Erben eine "gefügige Handhabe zu Schikane und Streitigkeiten", deren sie sich auch gegenüber dem gutgläubigen Dritten bedienen könnten. Dies würde wiederum den Verkehrsschutz ungemein beeinträchtigen. Das ist bei § 130 Abs. 2 näher dargelegt worden. Was schließlich die Interessen der Erben angeht, so ist zu berücksichtigen, daß ihre Rechtsposition keine originäre, sondern eine derivative - eine von dem Erblasser abgeleitete - ist. Wäre der Tod des Vollmachtgebers zufällig nach dem Handeln des Bevollmächtigten eingetreten, so hätten die Erben das von dem Bevollmächtigten getätigte Rechtsgeschäft auch hinnehmen müssen. Das Prinzip der Universalsukzession läßt sich somit - sozusagen virtuell - für das Zurückstellen der Erben - interessen heranziehen. Indem das Gesetz Auftrag und Vollmacht fortbestehen läßt, sieht es eben diese Rechtsgeschäfte, bei denen der Tod des Machtgebers zufällig dazwischentritt, so an, als ob sie noch zu Lebzeiten des Machtgebers vollendet worden wären. Solche Rechtsgeschäfte müssen die Erben sich gefallen lassen.

Somit lassen sich für die vom Gesetzgeber gewählte Lösung der ausnahmslosen Wirksamkeit aller Rechtsgeschäfte, die der Bevollmächtigte transmortal noch durchführt, durchaus Wertungsgesichtspunkte anführen. Es sind solche der Rechtsklarheit und eines effektiven Verkehrsschutzes, die für diese Lösung zuungunsten der Erben sprechen. Die Nachrangigkeit der Erbeninteressen läßt sich aus ihrer vom Erblasser abgeleiteten Rechts-

position rechtfertigen. Die beiden ersten Wertungsgesichtspunkte hat der Gesetzgeber bei der fiktiven Vollmacht gesehen. Die bei einer bloß fiktiven Vollmacht zum Schutz der Geschäftsgegner anzuführenden Argumente gelten aber bei der real fortbestehenden Vollmacht erst recht. Den Wertungsgesichtspunkt, daß die Erbeninteressen im Hinblick auf das Prinzip der Universalsukzession hintan gestellt werden können, hat der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung für die generelle Wirksamkeit der transmortal vorgenommenen Rechtsgeschäfte durchaus bedacht. Er hat zur Begründung seiner Lösung angeführt, daß die Erben diese Geschäfte ja auch dann hätten hinnehmen müssen, wenn der Vollmachtgeber ihre Vollendung erlebt hätte.¹ Es kann somit nicht die Rede davon sein, daß die gesetzgeberische Entscheidung nur auf konstruktiven Fehlvorstellungen beruht. Damit ist sie für die Rechtsanwendung dann aber auch bindend.²

1 Protokolle Bd. II S. 373.

2 Vom Bundesgerichtshof ist die Mißbrauchslehre bisher nur für einen Fall einer postmortalen Vollmacht behandelt und abgelehnt worden (BGH NJW 1969, 1245, 1246). Ausschließliche Begründungsargumentation des Bundesgerichtshofes war, daß es gerade Zweck einer solchen Vollmacht sei, den Auftrag und seine Verwirklichung vom Willen der Erben unabhängig zu machen. Dieses Argument läßt sich bei der transmortalen Vollmacht, die im Gegensatz zur postmortalen Vollmacht den Tod des Vollmachtgebers nicht bewußt und gewollt in die rechtsgeschäftliche Regelung einbezieht, nicht anführen. Dazu, ob dieses Argument bei der postmortalen Vollmacht zulässig ist oder vielmehr einen Rückfall in die alte Lehre darstellt, daß noch der Erblasser vertreten werde (als ein solcher Rückfall wird die Entscheidung von Flume AT § 51 Z. 5 Fußn. 14 und Finger NJW 1969, 1624, 1625 angesehen), werden wir später bei der postmortalen Vollmacht Stellung nehmen.

In der Literatur wird weitgehend einfach unter Bezug auf §§ 168 S. 1, 672 S. 1 von einer generellen Wirksamkeit der vom Bevollmächtigten transmortal getätigten Rechtsgeschäfts ausgegangen, ohne daß auf irgendwelche Pflichten des Bevollmächtigten gegenüber den Erben eingegangen wird. So: Soergel-Schultze-v. La-saulx § 168 RdNr. 32; Staudinger-Coing § 168 RdNr. 3; Enneccerus-Nipperdey AT § 186 II 1. Larenz AT § 31

Dieses von der h.M. geteilte, aber durchweg nicht begründete Ergebnis der generellen Wirksamkeit der trans-mortal vorgenommenen Vertretergeschäfte beruht somit auf den Wertungsgesichtspunkten der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes. Wegen dieser Wertungsgesichtspunkte sieht das Gesetz das von dem Bevollmächtigten trans-mortal abgeschlossene Rechtsgeschäft so an, als ob es noch zu Lebzeiten des Vollmachtgebers zustande gekommen wäre. Der Zufall, ob der Tod etwas früher oder etwas später eingetreten ist (zufällig vor dem Handeln des Bevollmächtigten oder zufällig nach dem Handeln des Bevollmächtigten), soll keine Rolle spielen. Daraus ist auch das Zurücksetzen der Interessen der Erben zu rechtfertigen; im letzteren Fall hätten sie das Rechtsgeschäft ja auch hinnehmen müssen.

(Forts.)

III a statuiert zwar eine Pflichtbindung des Bevollmächtigten, zieht daraus aber keinerlei Konsequenzen i.S.d. Mißbrauchslehre. Palandt-Heinrichs § 168 Abs. 1 meint, daß "nur ganz ausnahmsweise" ein Vollmachts-mißbrauch gegeben sei, definiert diesen Ausnahmefall aber nicht.

In diese Richtung ging auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte vorausgesetzt hat, ohne sich über Mißbrauchsgesichtspunkte Gedanken zu machen (vgl. RGZ 88, 345, 348; RGZ 114, 351, 354 jeweils m.w.N.).

Letztendlich gibt es in der Literatur auch noch Stimmen, die die Mißbrauchsgesichtspunkte sehen, sie aber weder im Sinne der Mißbrauchslehre immer, noch im Sinne der hier vertretenen Ansicht niemals berücksichtigen wollen. Für eine differenzierende Lösung gibt es aber de lege lata keine Anhaltspunkte. Vertreter einer differenzierenden Lösung sind: Hopt ZHR 133, 305 ff, 322; Röhm DB 1969, 1973, 1975.

b) Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formen

Aus dem unter a) Erörterten ergibt sich auch schon die Antwort auf die weitere Frage, ob die erbrechtlichen Formen eingreifen, wenn der Bevollmächtigte in einem solchen transmortalen Fall im Auftrag des Vollmachtgebers eine Schenkung auf den Todesfall vornimmt. Es ist dann jeweils zu fragen, ob, wenn der Vollmachtgeber die Vollendung des transmortalen Rechtsgeschäfts noch erlebt hätte, eine vollzogene Schenkung vorgelegen hätte oder nicht. Hätte dann keine vollzogene Schenkung vorgelegen (hat der Bevollmächtigte z.B. nur eine durch die Überlebensbedingung bedingte reine Versprechensschenkung mit dem Zuwendungsempfänger abgeschlossen), so ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der erbrechtlichen Formen abhängig. Der Sache nach liegt dann eine Verfügung von Todes wegen vor. Lebendenrecht hätte noch nicht einmal Anwendung gefunden, wenn der Schenkungsvertrag tatsächlich zu Lebzeiten des Vollmachtgebers zustandegekommen wäre. Ein Rechtsgeschäft, das nur der Form nach ein lebzeitiges Rechtsgeschäft, der Sache nach aber eine Verfügung von Todes wegen ist, wird nicht wegen der §§ 672 Satz 1, 168 Satz 1 zu einem lebzeitigen Rechtsgeschäft. Gem. § 672 Satz 1, § 168 Satz 1 sollen transmortale Rechtsgeschäfte nur so angesehen werden, als ob sie noch zu Lebzeiten des Vollmachtgebers vollendet worden wären. Wären sie selbst dann dem Erbrecht zu unterstellen gewesen, so sind sie es jetzt natürlich auch. Die Fiktion eines Umstandes führt immer nur dazu, daß die Rechtsfolgen eintreten, die eintreten würden, wenn der fingierte Umstand tatsächlich gegeben wäre.

Sollte dagegen der Bevollmächtigte - wie in unserem Ausgangsbeispiel - eine durch die Überlebensbedingung bedingte unwiderrufliche Handschenkung gegenüber dem Zuwendungsempfänger vornehmen, so greifen die erbrecht-

lichen Formen nicht ein. Und zwar deshalb nicht, weil sie auch dann nicht Platz gegriffen hätten, wenn der Vollmachtgeber die Durchführung des Auftrages durch den Bevollmächtigten zufällig noch erlebt hätte. So soll die Rechtslage aber angesehen werden.

In der Sache liegt keine Verfügung von Todes wegen vor, wenn der Zuwendende - wie in unserem Ausgangsbeispiel - seine Verfügungsmacht schon unter Lebenden einschränken will. Er will dann dem Zuwendungsempfänger nicht etwas unter dem Vorbehalt zuwenden, daß er, der Zuwendende, zu Lebzeiten nicht mehr anderweitig verfügt. Er trifft dann keine Regelung betreffs seines Nachlasses, sondern eine Regelung betreffs seines jetzigen Vermögens. Eine solche Regelung weist keine Umgehungstendenz in bezug auf das Erbrecht auf. Eine solche Umgehungstendenz kann sich nicht dadurch ergeben, daß durch den zufällig vor dem Handeln der Mittelsperson eintretenden Tod des Zuwendenden dessen Verfügungsmacht objektiv nicht mehr zu dessen Lebzeiten gemindert wird. Ein objektiver Umstand, der von der rechtsgeschäftlich handelnden Partei nicht bewußt und gewollt in die rechtsgeschäftliche Regelung einbezogen wird, kann den Charakter dieser Regelung (lebzeitiges Rechtsgeschäft oder Verfügung von Todes wegen) nicht ändern, weil dieser Charakter vom Willen des rechtsgeschäftlich Handelnden abhängig ist. Ob eine rechtsgeschäftliche Regelung als eine solche schon das jetzige Vermögen oder erst den Nachlaß des Zuwendenden betrifft, hängt von dessen Willen ab. Betrifft eine Regelung nicht den Nachlaß, so handelt es sich nicht um eine Regelung im Regelungsbe- reich der Verfügungen von Todes wegen. Sie wird auch nicht dadurch zu einer solchen Regelung, daß der Zuwendende zufällig stirbt, bevor die Regelung vollendet ist. Die erbrechtliche Formstrenge und die ihr zugrunde liegenden Gründe knüpfen daran an, daß jemand eine Regelung betreffs seines Nachlasses trifft. Der Erblasser

soll es sich gut überlegen, wie er den Nachlaß verteilen will, und von dem Ergebnis dieser Überlegung sollen die Nachlaßinteressenten sichere Kunde bekommen. Bei Regelungen, die das jetzige Vermögen des Handelnden betreffen, gilt dies nicht, obwohl sie alle letztlich - mittelbar - auch Einfluß auf die Nachlaßverteilung haben. Was zu Lebzeiten aus dem gegenwärtigen Vermögen weggegeben wird, kann im Augenblick des Todes nicht mehr verteilt werden. Dieser mittelbare Einfluß auf die Nachlaßverteilung begründet noch nicht den erbrechtlichen Formzwang. Regelungen, die sich nur in dieser mittelbaren Art und Weise auf den Nachlaß auswirken sollen, können nicht deswegen den erbrechtlichen Formvorschriften unterworfen werden, weil die Möglichkeit besteht, daß der Handelnde vor der Vollendung der Regelung stirbt, was zur Folge hat, daß diese Regelung objektiv gar nicht mehr das Vermögen eines Lebenden, sondern unmittelbar einen Nachlaß betrifft. Wäre dies so, dann müßte jede Schenkung, die nicht unmittelbar zwischen Schenker und Beschenktem vorgenommen wird, sondern die unter Einschaltung eines Mittlers auf der Seite des Schenkers in die Wege geleitet wird, den erbrechtlichen Formvorschriften unterworfen werden, weil diese Möglichkeit bei dieser Konstellation immer besteht. Es liegt auf der Hand, daß dies eine unerträgliche Ausdehnung dieser Vorschriften wäre, die von ihrem Sinn und Zweck nicht mehr gedeckt würde.

4. Der Sonderfall des bewußt und gewollt postmortal eingesetzten Bevollmächtigten

a) Umgehung der Regelung der Testamentsvollstreckung

Früher wurde die Ansicht vertreten, daß ganz generell die Möglichkeit einer postmortalen Vollmacht (einer Voll-

macht auf den Todesfall) durch die gesetzliche Regelung der Testamentsvollstreckung (§§ 2197 - 2228) ausgeschlossen sei, weil der Bevollmächtigte auf den Todesfall aufgrund der Bevollmächtigung wie ein Testamentsvollstrecker tätig würde.¹

Hinter dieser Ansicht stand offensichtlich der Umgehungsgedanke, und zwar in der folgenden allgemeinen Form: Das Gesetz gibt dem Erblasser mit dem Institut der Testamentsvollstreckung ein Mittel an die Hand, mit dessen Hilfe er den Abschluß von Rechtsgeschäften nach seinem Tode (postmortal) mit Wirkung für und gegen den Nachlaß ohne Beteiligung der Erben erreichen kann (vgl. insbesondere §§ 2205, 2206, 2207). Will der Erblasser dies im Wege der Testamentsvollstreckung erreichen, so muß er die Voraussetzungen beachten, die das Gesetz für die wirksame Anordnung einer Testamentsvollstreckung aufstellt, insbesondere muß er die Testamentsform des § 2197 Abs. 1 einhalten. Diese Voraussetzungen darf der Erblasser nicht dadurch umgehen, daß er durch eine schlichte Bevollmächtigung, die nicht den Voraussetzungen der Testamentsvollstreckung unterliegt, denselben postmortalen Erfolg erzielt wie durch eine Testamentsvollstreckung. Durch eine postmortale Vollmacht soll aber - ebenso wie durch eine Testamentsvollstreckung - erreicht werden, daß noch nach dem Tode des Erblassers mit Hilfe einer Mittelsperson ohne Beteiligung der Erben - dafür aber dem Willen des Erblassers entsprechend - auf den Nachlaß bezogene Rechtsgeschäfte wirksam abgeschlossen werden.

Diese Ansicht ist in dieser Allgemeinheit nicht zu halten und wird in dieser Allgemeinheit heute auch nicht

¹ So: KG Berlin OLGE 40, 273 = Recht 1920 Nr. 3035; Rehbein S. 268/269.

mehr vertreten.¹ Sie beruht auf einer zu pauschalen und methodisch unsauberen Betrachtungsweise der Umgehungsproblematik. Diese Umgehungsproblematik soll im folgenden erörtert werden; diese Erörterung soll zur richtigen Bestimmung des Verhältnisses zwischen Testamentsvollstreckung und postmortaler Vollmacht führen.

Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn ein rechtsgeschäftlich Handelnder die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzes (die "verba legis") ausnutzt und dadurch einen bestimmten zwingenden Sinn des Gesetzes (eine "sententia legis") unterläuft.² Hier macht der Erblasser davon Gebrauch, daß nach unserem Recht eine Vollmacht grundsätzlich formfrei wirksam erteilt werden kann³ (§ 167 Abs. 2), während die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gem. § 2197 Abs. 1 der testamentarischen Form bedarf. Die Frage geht also dahin, ob durch die Anerkennung einer formfreien postmortalen Vollmacht der Sinn des § 2197 Abs. 1 unterlaufen wird. Das kann überhaupt nur dann der Fall sein, wenn die Erteilung einer postmortalen Vollmacht die gleichen rechtlichen Wirkungen wie die Anordnung einer Testamentsvollstreckung hat. Wäre dies der Fall, so wäre damit das Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes aber auch noch nicht festgestellt. Grundsätzlich können nämlich gleiche Rechtswirkungen durchaus auf verschiedenen Wegen, d.h. durch die Verwirklichung verschiedener Tatbestände, erzielt werden. Das gilt nur dann nicht, wenn durch Gesetzesauslegung

1 Zum heutigen Meinungsstand vgl. Haegele RdNr. 3-8. Dieses für die Praxis gedachte Handbuch erwähnt die-
se ältere Ansicht überhaupt nicht mehr.

2 Vgl. insbesondere Flume AT § 17 Z. 5; Larenz AT § 22 II; Enneccerus-Nipperdey AT § 190 III. Vgl. auch S. 2.

3 Auf diese Formfreiheit kommt es dem Erblasser entscheidend an, weil er die Zuwendung an den Zuwendungsempfänger gegenüber seinen Erben nicht dadurch offenlegen will, daß er diese Zuwendung in einer letztwilligen Verfügung anordnet. Vgl. dazu Müller-Freienfels S. 319.

ermittelt werden kann, daß von den infrage kommenden Tatbeständen ein Tatbestand gegenüber den anderen Tatbeständen der speziellere und exklusive Tatbestand in dem Sinne ist, daß nach Sinn und Zweck des Gesetzes die infrage stehende Rechtswirkung nur durch die Verwirklichung dieses Tatbestandes eintreten soll.¹ Das Vorliegen gleicher Rechtswirkungen, das somit für die Bejahung einer Umgehung nicht ausreicht, ist aber für die Annahme einer solchen Umgehung notwendig. Wer nämlich andere Rechtswirkungen herbeiführen will als diejenigen, die aus der potentiell umgangenen Regelung folgen, der kann nicht mit dem Anwendungsbereich dieser Regelung kollidieren. Es sind somit die Rechtswirkungen der postmortalen Vollmacht mit denen der Testamentsvollstreckung zu vergleichen. Dabei darf man sich nicht mit der pauschalen Feststellung begnügen, daß Bevollmächtigter und Testamentsvollstrecker gleichermaßen nach dem Tode des Erblassers seinem Willen gemäß auf den Nachlaß bezogene Rechtsgeschäfte ohne Beteiligung der Erben vornehmen. Ein genauerer Vergleich zeigt, daß neben dieser nicht zu leugnenden Gemeinsamkeit die postmortale Vollmacht essentiell andere Rechtswirkungen als die Testamentsvollstreckung auslöst.

Solch ein Unterschied ist allerdings noch nicht in der

¹ Hätten also postmortale Vollmacht und Testamentsvollstreckung die gleichen rechtlichen Wirkungen, so wäre die postmortale Vollmacht nur dann eine unzulässige Umgehung der Testamentsvollstreckung, wenn die Rechtsordnung, was durch Gesetzesauslegung zu ermitteln wäre, zur Erreichung dieser Rechtswirkungen ausschließlich die Anordnung einer Testamentsvollstreckung als zulässigen Weg vorgesehen hätte. (Zum methodischen Ansatz vgl. von Lübtow S. 1246). Das Vorliegen gleicher Rechtswirkungen von potentiell Umgehungsgeschäft und potentiell umgangener Regelung ist also nicht hinreichend für die Annahme eines Umgehungsgeschäftes. Es muß noch die Exklusivität der potentiell umgangenen Regelung hinzukommen.

Tatsache zu sehen, daß sich die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers in aller Regel auf den ganzen Nachlaß bezieht, während der Bevollmächtigte in aller Regel nur zu einzelnen auf den Nachlaß bezogenen Rechtsgeschäften bevollmächtigt ist. Dieser typologische Unterschied ist kein essentieller Unterschied.¹ Zum einen kann die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt werden (§ 2208 Abs. 1 Satz 2); zum anderen kann dem postmortal Bevollmächtigten eine Generalvollmacht erteilt werden.² Im ersten Fall nähert sich das Bild des Testamentsvollstreckers typologisch dem Bild eines Bevollmächtigten; im zweiten Fall nähert sich das Bild des Bevollmächtigten typologisch dem eines Testamentsvollstreckers. Es gehört aber nicht zum Wesen der Testamentsvollstreckung, daß sie sich auf den ganzen Nachlaß bezieht, ebensowenig wie es zum Wesen der postmortalen Bevollmächtigung gehört, daß sie sich nur auf einzelne den Nachlaß betreffende Rechtsgeschäfte bezieht. Der gem. § 2208 Abs. 1 Satz 2 beschränkte Testamentsvollstrecker ist Testamentsvollstrecker (und nicht etwa Bevollmächtigter); der Generalbevollmächtigte ist Bevollmächtigter (und nicht etwa Testamentsvollstrecker). Somit ist die Beschränkung des Aufgabenkreises auf einzelne Nachlaßgeschäfte (bzw. die Unbeschränktheit des Aufgabenkreises) kein taugliches Unterscheidungskriterium.

Auch darin, daß bei einer postmortalen Vollmacht keine Rechtsbeschränkung der Erben eintritt, ist kein essentieller Unterschied zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung zu erblicken. Die postmortale Vollmacht bewirkt als Vollmacht keine Rechtsbeschrän-

1 Insoweit unklar von Lübtow S. 1246, 1247.

2 Zur postmortalen Generalvollmacht vgl. statt aller: Staudinger-Dittmann Vorb. zu § 2197 RdNr. 112 m.w.N.

kung der Erben. Durch eine Bevollmächtigung verliert der Vollmachtgeber keine Rechtsmacht. Zwar wird eine Rechtsmacht des Bevollmächtigten neu begründet, diese tritt aber neben die Rechtsmacht des Vollmachtgebers und nicht an ihre Stelle. Eine "verdrängende" Vollmacht kennt unser Recht nicht; sie würde eine unzulässige Selbstentmündigung darstellen und außerdem - soweit es um Verfügungen geht - gegen § 137 verstoßen.¹ Die Erben, die nach dem Erbfall Vollmachtgeber sind, werden somit durch die postmortale Vollmacht aus keinen Rechten "verdrängt".² Bei der Testamentsvollstreckung tritt dagegen kraft Gesetzes eine Rechtsbeschränkung der Erben ein. Soweit die Testamentsvollstreckung gegenständlich reicht (vgl. § 2208 Abs. 1 Satz 2), verlieren die Erben die Verfügungsbefugnis (§ 2211 Abs. 1), das Prozeßführungsrecht für Aktivprozesse (§ 2212) und auch die Fähigkeit, Nachlaßverbindlichkeiten in bezug auf die Nachlaßgegenstände begründen zu können.³ In diesen Bereichen wird die Rechtsmacht der Erben kraft Gesetzes durch die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers verdrängt. Der fehlenden Verfügungsbefugnis der Erben korrespondiert die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2205; der fehlenden Verpflichtungsbefugnis der Erben entspricht die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2206 Abs. 1; gem.

¹ Vgl. dazu BGHZ 3, 354, 358; Flume AT § 45 II Z. 5; Palandt-Heinrichs § 168 Anm. 2.

² Die folgende Untersuchung stellt zunächst "isoliert" auf diese nicht verdrängende Wirkung der Vollmacht ab und berücksichtigt noch nicht das damit verbundene Merkmal der konkurrierenden Zuständigkeit von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Dies Vorgehen beruht darauf, daß allein schon in dem Merkmal der Nichtverdrängung der Erben - ganz unabhängig von dem mit ihm verbundenen Merkmal der konkurrierenden Zuständigkeit des Bevollmächtigten - ein essentieller Unterschied zur Testamentsvollstreckung liegen könnte.

³ BGHZ 25, 275, 287; Staudinger-Dittmann § 2211 RdNr. 15; Palandt-Keidel § 2211 Anm. 1 b; Kipp-Coing § 70 III.

§ 2212 tritt an die Stelle des Prozeßführungsrechts der Erben das des Testamentsvollstreckers. Alles dies gehört aber nicht zum Wesen der Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann nämlich gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 dem Testamentsvollstrecker alle diese Befugnisse entziehen. Gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die in den §§ 2203 bis 2206 bestimmten Rechte entziehen. Der Erblasser kann also eine Testamentsvollstreckung ohne Verfügungs-, Verpflichtungs- und Prozeßführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers anordnen.¹ Soweit die Befugnisse dem Testamentsvollstrecker durch den Erblasser entzogen werden, stehen sie den Erben zu. Insoweit sind sie nicht "verdrängt".² Das - isoliert gesehene - Merkmal der Nichtverdrängung der Erben ist also auch mit dem Testamentsvollstreckungsrecht vereinbar.

Ein essentielles Unterscheidungskriterium zwischen zwei Rechtsinstituten kann nur in einem solchen Merkmal gesehen werden, das nur in den Fällen des einen Rechtsinstitutes, nicht aber in den Fällen des anderen vorliegen kann. Auch Merkmale, die in den Fällen der einen Rechtsfigur typischerweise - oder sogar immer - vorliegen, während sie in den Fällen der anderen Rechtsfigur nur atypischerweise verwirklicht werden, sind keine essen-

1 Letzteres ergibt sich daraus, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker das Verwaltungsrecht des § 2205 entziehen kann. Damit entfällt dann auch das Prozeßführungsrecht des Testamentsvollstreckers für Aktivprozesse gem. § 2212 (§ 2212 "Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht ...").

2 Der Extremfall einer nicht verdrängenden Testamentsvollstreckung, bei dem der Erblasser dem Testamentsvollstrecker alle rechtlichen Befugnisse bezüglich des Nachlasses entzieht und ihm nur tatsächliche Handlungen überträgt, ist denkbar und rechtlich zulässig. Das Gesetz kennt keine rechtlichen Mindestbefugnisse des Testamentsvollstreckers. Vgl. KG Berlin OLGE 26, 346; Kipp-Coing § 69 I; Staudinger-Dittmann § 2208 RdNr. 4.

tiellen Unterscheidungsmerkmale, da sie mit dem Wesen beider Rechtsfiguren zu vereinbaren sind. Sie sind höchstens typologische Unterscheidungsindizien. Damit stellt auch die - isoliert gesehene - nicht verdrängende Wirkung einer postmortalen Vollmacht kein essentielles Unterscheidungskriterium dieser Vollmacht gegenüber der Testamentsvollstreckung dar, da eine solche nicht verdrängende Wirkung auch mit dem Wesen einer Testamentsvollstreckung zu vereinbaren ist.

Richtig ist allerdings, daß die verdrängende Wirkung, die die Testamentsvollstreckung haben kann und kraft Gesetzes hat, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, ein Unterscheidungskriterium der Testamentsvollstreckung gegenüber der postmortalen Vollmacht ist, die diese Wirkung nicht haben kann. Dies läßt aber bei der hier erörterten Umgehungsproblematik keine zwingenden Schlüsse zu. Zum einen handelt es sich nicht um ein essentielles Merkmal der Testamentsvollstreckung, da diese auch als nicht verdrängende Testamentsvollstreckung möglich ist. Zum anderen handelt es sich nicht um ein Merkmal der potentiellen Umgehungsregelung, sondern um ein Merkmal der potentiell umgangenen Regelung. Daraus, daß die potentielle Umgehungsregelung nicht alle Rechtswirkungen der potentiell umgangenen Regelung erreichen kann, folgt - insbesondere wenn es sich insoweit um für diese Regelung nicht essentielle Rechtswirkungen handelt - nicht zwingend, daß keine Umgehung vorliegt.¹ Es ist vielmehr von den Merkmalen der potentiellen Umgehungsregelung, hier also der postmortalen Vollmacht, auszugehen. Weist diese Merkmale

¹ Deshalb ist der in der Literatur im Zusammenhang mit der Umgehungsproblematik immer wieder auftauchende Hinweis auf die verdrängende Wirkung der Testamentsvollstreckung (vgl. etwa von Lübtow S. 1247; Müllers-Freienfels S. 320) zur Lösung der hier anstehenden Problematik nicht zwingend.

auf, die der potentiell umgangenen Regelung essentiell fremd sind, so scheidet eine Umgehung zwingend aus. Deshalb wird hier nach den Wirkungen einer postmortalen Vollmacht gefragt. Rechtswirkungen, die eine postmortale Vollmacht nicht bewirken kann, interessieren hier nicht.

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, daß ein Merkmal, das nur bei der postmortalen Vollmacht gegeben und das damit, diese von der Testamentsvollstreckung zu unterscheiden, geeignet ist, zwar nicht in der Nichtverdrängung der Erben, wohl aber in der mit dieser Nichtverdrängung verbundenen konkurrierenden Zuständigkeit von Erben und Bevollmächtigtem zu sehen ist.¹ Für die postmortale Vollmacht gilt wie für jede Vollmacht, daß die Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme der Bevollmächtigte bevollmächtigt worden ist, auch von dem Vollmachtgeber vorgenommen werden können; hier bei der postmortalen Vollmacht also von den Erben, die nach dem Erbfall Vollmachtgeber sind. Die Erben sind für diese Geschäfte neben dem Bevollmächtigten zuständig. Dies ist dagegen bei der Testamentsvollstreckung normalerweise nicht der Fall. Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine bestimmte Befugnis - Verpflichtungs-, Verfügungs- oder Prozeßführungsbefugnis - nicht gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 entzogen, so ist für das Rechtsgeschäft, das aufgrund dieser Befugnis vorgenommen werden kann, ausschließlich der Testamentsvollstrecker zuständig. Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker diese Befugnis gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 entzogen, so sind ausschließlich die Erben zuständig. Normalerweise gibt es somit bei der Testamentsvollstreckung bezüglich der Zuständigkeit für die Vornahme von Rechtsgeschäften kein Nebeneinander von Erben und Testamentsvollstrecker. Es

¹ Diese Argumentation taucht ebenfalls bei von Lübtow a.a.O. und Müller-Freienfels a.a.O. auf.

ist vielmehr so, daß entweder der Testamentsvollstrecker oder die Erben zuständig sind.

Aber auch dies gehört nicht zum Wesen der Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann nämlich anordnen, daß bezüglich bestimmter Rechtshandlungen nicht die alternative Zuständigkeitsregelung gelten soll, sondern daß insoweit Testamentsvollstrecker und Erben nebeneinander zuständig sein sollen.¹

Kann nämlich der Erblasser dem Testamentsvollstrecker gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 eine Befugnis zur Gänze entziehen, so muß ihm auch diese schwächere Einwirkung auf die Befugnis gestattet sein (argumentum a maiore ad minus).

Diese Abweichung vom gesetzlichen Normalbild der Testamentsvollstrecker wird auch nicht durch § 2220 verboten, der dem Erblasser bestimmte, in dieser Norm ausdrücklich angeführte Abweichungen nicht gestattet (argumentum e contrario).

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Testamentsvollstreckung der Durchsetzung des Willens des Erblassers dient. Dieser mag wohl erwogene Gründe haben, eine solche Zuständigkeitsregelung zu wollen.

Schutzwürdige Interessen anderer Personen, die einer solchen Regelung entgegenstünden, sind nicht ersichtlich. Die Erben stehen nämlich besser da, als wenn ausschließlich der Testamentsvollstrecker befugt wäre, während der Testamentsvollstrecker besser dasteht, als wenn ausschließlich eine Befugnis der Erben bestünde. Die Nachlaßgläubiger haben schließlich überhaupt keinen Anspruch darauf, daß ein Testamentsvollstrecker an der Nachlaßverwaltung beteiligt wird; somit auch keinen Anspruch darauf, daß der Testamentsvollstrecker in einer

¹ So zu Recht Heinz S. 42 ff, der sich als einziger mit dieser Frage beschäftigt.

bestimmten Art und Weise beteiligt wird. Dritte, die "mit dem Nachlaß" kontrahieren, tragen allerdings die Gefahr von "Doppelhandlungen". Dies wird aber auch sonst - z.B. bei der Nachlaßpflegschaft, bei der der Nachlaßpfleger als Vertreter der Erben handelt¹ - in Kauf genommen.

Somit stellt auch die konkurrierende Zuständigkeit kein nur der postmortalen Vollmacht zuzuordnendes Merkmal dar; somit auch kein essentielles Unterscheidungsmerkmal zur Testamentsvollstreckung.

Es kann also festgestellt werden, daß die bisher genannten - in der Literatur häufig zur Ablehnung des Umgehungscharakters der postmortalen Vollmacht angeführten - Merkmale einer solchen Vollmacht (Beschränkung auf einzelne Rechtsgeschäfte, Nichtverdrängung der Erben, konkurrierende Zuständigkeit von Erben und Bevollmächtigtem) nicht die von uns gesuchten gegenüber den Merkmalen der Testamentsvollstreckung essentiell anderen Rechtswirkungen darstellen. Diese gegenüber der Testamentsvollstreckung essentiell andere Rechtswirkung besteht aber bei einer postmortalen Vollmacht durchaus. Sie ist darin zu sehen, daß bei der postmortalen Vollmacht die Erben der Fremdwirkung des Handelns des Bevollmächtigten entgehen können, diese Fremdwirkung beenden können. Eine Vollmacht ist, wenn sie nicht ausdrücklich als unwiderrufliche Vollmacht erteilt worden ist und sich eine Unwiderruflichkeit auch nicht sonst aus dem der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ergibt (§ 168 Satz 2), frei widerruflich. Die frei widerrufliche Vollmacht ist der gesetzliche und tatsächliche Normalfall der Vollmacht. Dieses freie Widerrufsrecht steht bei der postmortalen Vollmacht den Erben als den Vertretenen zu.²

1 Vgl. BGH NJW 1972, 1752.

2 Zur unwiderruflichen postmortalen Vollmacht und ihrem Verhältnis zur Testamentsvollstreckung vgl. später S. 276 ff.

Die Erben können also bei einer postmortalen Vollmacht die Fremdwirkung des Handelns des Bevollmächtigten, die Wirkung für und gegen den Nachlaß, dadurch verhindern, daß sie die Vollmacht widerrufen. Rein tatsächlich mögen die Erben manchmal zu spät kommen; nämlich immer dann, wenn sie von der postmortalen Vollmacht erst Kenntnis erlangen, nachdem der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft bereits vorgenommen hat. An dem rechtlichen "Können" der Erben, an der rechtlichen Widerrufsmöglichkeit ändert dies nichts. Mit dem Tode des Erblassers entsteht für den Bevollmächtigten die Möglichkeit, die Erben wirksam zu vertreten. In demselben Augenblick entsteht für die Erben die Möglichkeit, die Vollmacht zu widerrufen. An der Existenz einer rechtlichen Möglichkeit ändert sich nichts dadurch, daß derjenige, dem das Recht diese Möglichkeit gewährt, in einzelnen Fällen aus rein tatsächlichen Gründen von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch machen kann.¹ Bei der Testamentsvollstreckung gewährt dagegen das Recht diese Möglichkeit nicht. Die Erben können die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers nicht nach ihrem Belieben beenden. Sie können nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (z.B. grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder Unfähigkeit des Testamentsvollstreckers zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung) gem. § 2227 Abs. 1 den Antrag an das Nachlaßgericht stellen, daß dieses den Testamentsvollstreckter entlassen solle. Selbst wenn das Gericht diesem Antrag folgt,² dann ist

¹ Es ist keineswegs so, daß die Erben immer zu spät kommen. Mit einem Fall, in dem die Erben rechtzeitig widerrufen haben, beschäftigt sich z.B. BGH NJW 1975, 382 ff.

² Selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann das Nachlaßgericht, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen, den Testamentsvollstreckter in seinem Amt belassen. Vgl. statt aller: Palandt-Keidel § 2227 Anm. 4 m.w.N.

damit die Fremdwirkung als solche noch nicht beseitigt, da das Nachlaßgericht in aller Regel nicht die Testamentsvollstreckung als solche aufhebt, sondern nur den bestimmten Testamentsvollstrecker entläßt. Erst wenn kein Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt werden kann,¹ endigt die Testamentsvollstreckung als solche.²

Diese Regelung ist für die Testamentsvollstreckung essentiell; sie gilt in allen Fällen der Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann nicht die Anordnung treffen, daß die Erben den Testamentsvollstrecker nach ihrem Belieben entlassen und dadurch - weil z.B. kein Ersatzvollstrecker vorgesehen ist - die Testamentsvollstreckung als solche beenden können.³

Daß der Erblasser dies nicht kann, ergibt sich auch noch aus folgender Erwägung: Nach § 2198 Abs. 1 kann der Erblasser die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Dritter i.S. dieser Vorschrift ist auch der Erbe⁴. Es herrscht Einigkeit darüber, daß diese Vorschrift dahingehend auszulegen ist, daß der Erblasser dem Dritten - also auch dem Erben - nur die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers überlassen darf, nicht aber auch die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Testamentsvoll-

1 Er kann bestimmt werden in den Fällen der §§ 2197 Abs. 2, 2198 Abs. 1, 2199 Abs. 2, 2200 Abs. 1. Vgl. dazu Hägele RdNr. 479.

2 Vgl. Staudinger-Dittmann § 2227 RdNr. 21.

3 Nur diese Fälle, in denen keine Ersatzvollstreckung eingreift, interessieren hier, da nur in diesen Fällen die Fremdwirkung als solche enden würde. Der essentielle Unterschied zur postmortalen Vollmacht besteht darin, daß die Erben bei der Testamentsvollstreckung die Fremdwirkung als solche nicht nach freiem Willen beseitigen können. Demgemäß interessiert hier nicht, ob angeordnet werden kann, daß die Erben nach freiem Willen den Testamentsvollstrecker durch einen Ersatzvollstrecker ersetzen können. Selbst wenn sie dies können, so können sie damit noch nicht die Fremdwirkung als solche beenden.

4 RGZ 92, 68, 72; Palandt-Keidel § 2198 Anm. 1 a.

streckung stattfinden soll.¹ Diese Auslegung ist zutreffend. § 2198 Abs. 1 stellt eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des höchstpersönlichen Charakters der Verfügungen von Todes wegen dar, der in den §§ 2064, 2065 seine positiv-rechtliche Ausprägung gefunden hat. Kernbereich dieser Höchstpersönlichkeit ist es, daß der Erblasser selbst die Entscheidung zu treffen hat, ob er eine letztwillige Anordnung überhaupt in Geltung setzen will (vgl. § 2065 Abs. 1). Während die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, in diesen Kern des höchstpersönlichen Entscheidungsbereiches fällt, stellt die Entscheidung darüber, wer eine Testamentsvollstreckung durchführen soll, nur die inhaltliche Ausgestaltung einer schon beschlossenen Testamentsvollstreckung dar. Es geht nur noch um das "wie", nicht mehr um das "ob". Der Wortlaut des § 2198 Abs. 1 bezieht sich eindeutig nur auf das "wie". Die Vorschrift spricht nicht von der "Bestimmung der Testamentsvollstreckung", sondern nur von der "Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers". Ein "argumentum a minore ad maius" ist aber methodisch nicht zulässig. Für das "ob" bleibt es vielmehr, da ein Wille des Gesetzes, hier eine Ausnahme zu machen, nicht ersichtlich ist, bei dem Grundsatz, daß der Erblasser die Entscheidungen über seine letztwilligen Anordnungen selbst zu treffen hat. Der Erblasser kann somit nicht die Anordnung treffen, daß die Erben nach freiem Belieben die Durchführung einer Testamentsvollstreckung beschließen können.² Diese Entscheidung obliegt dem Erblasser. Dann kann er sich dieser Entscheidung aber auch nicht dadurch entziehen, daß er zwar eine Testamentsvollstreckung anordnet, sie aber dem freien Wider-

¹ KG Berlin KGJ 42 Nr. 49; KG Berlin OLGE 44, 100, 102; Staudinger-Dittmann § 2198 RdNr. 2; Palandt-Keidel § 2198 Anm. 1 a; Kipp-Coing § 67 I 4.

² Vgl. dazu auch Staudinger-Seybold § 2065 RdNr. 2.

rufsrecht der Erben unterwirft. Es macht nämlich in der Sache keinen Unterschied aus, ob der Erblasser keine Testamentsvollstreckung anordnet und den Erben das Recht gewährt, eine Testamentsvollstreckung nach ihrem Belieben durchzuführen, oder ob der Erblasser eine Testamentsvollstreckung anordnet und den Erben das Recht einräumt, die Testamentsvollstreckung frei zu widerrufen. In beiden Fällen würde die Entscheidung, "ob" eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, nicht vom Erblasser, sondern von den Erben getroffen.

Dieses Ergebnis steht auch nicht dazu in Widerspruch, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹ sich der Testamentsvollstrecker, wenn der Erblasser dies in seiner letztwilligen Verfügung zugelassen hat, gegenüber den Erben verpflichten kann, sein Amt jederzeit auf Verlangen der Erben niederzulegen. Auch hier hängt die Durchführung der Testamentsvollstreckung nicht vom freien Willen der Erben ab. Vielmehr ist zuerst einmal der Wille des Testamentsvollstreckers entscheidend. Er braucht eine solche Verpflichtung gegenüber den Erben nicht einzugehen. Zu dem Fall, daß er eine solche Verpflichtung eingeht, ist zu sagen, daß die Durchführung der Testamentsvollstreckung nach unserem Recht an dem Willen des Testamentsvollstreckers immer scheitern kann (vgl. § 2202 Abs. 1, § 2226).

Die Erben können somit der Fremdwirkung des Handelns des Testamentsvollstreckers nicht nach ihrem Belieben entgegen. Diese Bindung kann auch nicht mit dem Hinweis darauf geleugnet werden, daß es dem Erblasser freistehe, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers gem. § 2208 Abs. 1 Satz 1 inhaltlich und gem. § 2208 Abs. 1 Satz 2 gegenständlich beliebig zu minimieren. Dadurch kann nur der Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers und damit der Umfang der Fremdwirkungen, die

1 BGHZ 25, 275, 281.

der Testamentsvollstrecker bewirken kann, eingeschränkt werden, es wird aber nicht die für die Erben unabänderliche Fremdwirkung als solche aufgehoben. Soweit der Testamentsvollstrecker wegen Entzugs der entsprechenden Befugnisse nicht in der Lage ist, mit Wirkung für und gegen den Nachlaß zu handeln, stellt sich die Frage der Fremdwirkung gar nicht. Irgendwelche Befugnisse müssen aber dem Testamentsvollstrecker auch bei einem Entzug gem. § 2208 immer noch verbleiben und seien es auch nur rein tatsächliche Verwaltungsbefugnisse. Beim Entzug aller rechtlichen und tatsächlichen Befugnisse ist die Testamentsvollstreckung gegenstandslos. Den aus den verbleibenden Befugnissen resultierenden Fremdwirkungen können die Erben nicht entgehen. Anders ausgedrückt: Soweit dem Testamentsvollstrecker Befugnisse entzogen sind, besteht keine Testamentsvollstreckung. Sie besteht nur insoweit als ihm Befugnisse verblieben sind. Insoweit können die Erben den Fremdwirkungen des Handelns des Testamentsvollstreckers nicht entgehen.

Auch die früher angeführte Möglichkeit des Erblassers, eine konkurrierende Zuständigkeit der Erben durch eine dahingehende Anordnung zu schaffen, berührt diese Bindungswirkung nicht. Der Testamentsvollstrecker bleibt dann konkurrierend zuständig. Die aus der Ausübung dieser konkurrierenden Zuständigkeit folgenden Fremdwirkungen sind für die Erben wiederum unabänderlich. Somit gilt für alle Fälle der Testamentsvollstreckung folgender Satz: Soweit die Testamentsvollstreckung reicht, können die Erben nicht ihrem freien Willen gemäß den Fremdwirkungen entgehen, die der Testamentsvollstrecker aufgrund seiner Befugnisse bewirken kann.

Demgegenüber können die Erben bei der normalen postmortalen Vollmacht die Fremdwirkungen durch freien Widerruf verhindern.

Dieser Unterschied ist auch ein Unterschied, der alle Fälle der normalen postmortalen Vollmacht von allen Fäl-

len der Testamentsvollstreckung trennt.¹

Um beurteilen zu können, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, daß die postmortale Vollmacht im Gegensatz zur Testamentsvollstreckung eine Verhinderung der Fremdwirkungen durch die Erben zuläßt, muß festgestellt werden, welchen Sinn und Zweck die Unabänderlichkeit der Fremdwirkungen bei der Testamentsvollstreckung hat. Nur so kann die Wertigkeit des von uns gefundenen Unterscheidungskriteriums ermittelt werden. Handelte es sich nämlich bei dieser Unabänderlichkeit nur um einen ganz akzidentellen Umstand der Testamentsvollstreckung, so wäre die Frage nach der Umgehung immer noch nicht endgültig beantwortet.

Die Testamentsvollstreckung muß im Zusammenhang mit den erbrechtlichen Anordnungsformen des Vermächtnisses und der Auflage gesehen werden, an die anschließend sie im Gesetz geregelt ist. Mit dem Erbfall wird der Erbe zum Herren des Nachlasses. Als neuer Rechtsinhaber, der er gem. § 1922 geworden ist, kann er über das rechtliche Schicksal des Nachlasses bestimmen. Diese Rechtsmacht des Erben ist aber dem Willen des Erblassers unterworfen, dem der Erbe seine Rechtsmacht verdankt. Der Erblasser kann mit Hilfe der erbrechtlichen Anordnungsformen nicht nur bestimmen, wer überhaupt erben soll,

1 Dieser Unterschied wird in Rechtsprechung und Literatur gesehen von: RGZ 139, 41, 43; BayObLGZ 19 Nr. 63; Staudinger-Coing § 168 RdNr. 4; Staudinger-Dittmann Vorb. zu § 2197 RdNr. 104; Lehmann-Hübner AT § 36 V 7 d; von Tuhr AT Bd. II 2. Hälfte § 85 Fn. 157; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 5, 10; Hägele RdNr. 3; Müller-Freienfels S. 319, 320; Poischen S. 42; Heinz S. 23, 24.

Meistens wird aber der singuläre Charakter dieses Unterschiedes verkannt (vgl. z.B. Oertmann a.a.O.; von Tuhr a.a.O. Fn. 157 i.V.m. Fn. 214; Müller-Freienfels a.a.O.; Poischen a.a.O.). Stattdessen wird das Merkmal der freien Widerruflichkeit der Vollmacht durch die Erben kumulativ mit anderen angeblichen Unterscheidungskriterien genannt (Beschränkung auf bestimm-

sondern auch, wie mit dem Nachlaß verfahren werden soll. Er kann z.B. anordnen, daß ein bestimmter Gegenstand des Nachlasses einer bestimmten Person, die nicht zu den Erben gehört, zugewendet werden soll, oder auch, daß ein bestimmter Anteil des Nachlasses für einen bestimmten Zweck (z.B. Pflege seines Grabes) verwendet werden soll, oder auch, daß nach seinem Tode nicht sein Erbe, sondern eine andere von ihm bestimmte Person den Nachlaß verwalten soll. Im ersten Fall sieht unser Erbrecht die Rechtsfigur des Vermächtnisses vor, im zweiten die der Auflage und im dritten die der Testamentsvollstreckung. Alle drei Rechtsfiguren dienen dazu, es dem Erblasser zu ermöglichen, Anordnungen bezüglich seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tode zu treffen; Anordnungen, wie mit diesem Vermögen verfahren werden soll. Mit Rücksicht auf die inhaltliche Verschiedenheit der möglichen Anordnungen (im ersten Fall existiert im Gegensatz zum zweiten ein bestimmter Zuwendungsempfänger, dem ein Anspruch eingeräumt werden kann; im dritten ist die Anordnung überhaupt nicht auf der Ebene von Ansprüchen durchzuführen) mußte das Gesetz für die Verwirklichung solcher Anordnungen verschiedene Rechtsfiguren zur Verfügung stellen. Bei allen Anordnungen stellt sich dabei die Frage, wie die Verwirklichung des Willens des Erblassers sichergestellt werden kann. Daß der Erblasserwille zu verwirklichen ist, ergibt sich aus der Überordnung des Erblasserwillens über den Erbenwillen in bezug auf das Schicksal des Nachlasses.¹

(Forts.)

te Rechtsgeschäfte, Nichtverdrängung der Rechtsmacht der Erben, konkurrierende Zuständigkeit von Erben und Bevollmächtigten), deren Unbrauchbarkeit wir gezeigt haben. Zutreffend wird dagegen entscheidend auf das Merkmal der freien Widerruflichkeit abgestellt von: RGZ a.a.O.; BayObLGZ a.a.O.; Heinz a.a.O.

¹ Wir erörtern hier den Fall, daß der Erblasser sich der vorgesehenen erbrechtlichen Anordnungsformen bedient, seinen Willen den Nachlaßinteressenten also "authentisch" verkündet.

Die Notwendigkeit der Sicherstellung dieser Verwirklichung ergibt sich daraus, daß mit dem Erbfall nicht mehr der Erblasser, sondern der Erbe Rechtsinhaber ist. Die zur Durchführung der Anordnungen erforderlichen Rechtshandlungen können nur aus der Rechtsmacht des Erben heraus wirksam vorgenommen werden. Dieser wird dazu - aus eigenen Interessen heraus - häufig nicht bereit sein. Deshalb hat das Gesetz bei allen drei Figuren dafür gesorgt, daß die Durchführung des Erblasserwillens gewährleistet ist. Beim Vermächtnis ist dies durch die Schaffung eines Anspruches des Bedachten gegen den Erben (§ 2174) geschehen, den der Bedachte im Klagewege durchsetzen kann; bei der Auflage durch die Schaffung eines Anspruches der Vollziehungsberechtigten gegen den Beschwerten (§ 2194), der ebenfalls im Klagewege durchgesetzt werden kann. Bei der Testamentsvollstreckung ist die Verwirklichung dadurch sichergestellt, daß der Erbe zwar auch hier Rechtsinhaber bleibt, dem Testamentsvollstrecker aber Befugnisse verliehen werden, mit Wirkung für und gegen den Nachlaß rechtsgeschäftlich zu handeln, die dem Testamentsvollstrecker von dem Erben nicht entzogen werden können. Die unabhängliche Bindung des Erben bezüglich der Befugnisse des Testamentsvollstreckers ist somit das Mittel des Gesetzes, die Durchsetzung des Erblasserwillens zu gewährleisten. Diese Bindung des Erben ist somit ein zentrales Merkmal der Testamentsvollstreckung. Dann ist aber auch eine Rechtsfigur, bei der eine solche Bindung nicht herbeigeführt wird, eine ganz andere Rechtsfigur als die Testamentsvollstreckung. Eine solche Rechtsfigur kann also nicht als Umgehung der Testamentsvollstreckung angesehen werden. Die Rechtswirkungen sind essentiell verschieden.

Damit steht im Grunde genommen schon die Antwort auf die weitere Frage fest, ob in dem Sonderfall der unwi-

derruflichen Vollmacht auf den Todesfall eine unzulässige Umgehung der Testamentsvollstreckung vorliegt.

Die Testamentsvollstreckung kann vom Erblasser sehr verschieden ausgestaltet werden. Sie kann sich auf den ganzen Nachlaß erstrecken; sie kann aber auch auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt werden. Sie kann alle Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse beim Testamentsvollstrecker konzentrieren; der Erblasser kann aber auch einzelne dieser Befugnisse den Erben belassen. Weiterhin kann der Erblasser auch eine konkurrierende Zuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Erben begründen. Aus dieser Gestaltungsvielfalt folgt, daß eine Vielzahl der eine postmortale Vollmacht konstituierenden Merkmale (der beschränkte Geschäftskreis des Bevollmächtigten; die verbleibende Rechtsmacht der Erben; die konkurrierende Zuständigkeit von Erben und Bevollmächtigten) nicht essentiell verschieden von den Merkmalen der Testamentsvollstreckung sind, sondern auch in dieser Rechtsfigur aufgehoben, in ihr als Möglichkeit enthalten sind. Hätte dies von allen eine postmortale Vollmacht konstituierenden Merkmalen gegolten, so hätte man in der postmortalen Vollmacht eine unzulässige Umgehung der Testamentsvollstreckung sehen müssen; und zwar aus folgenden Erwägungen;

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung hat als letztwillige Verfügung im Vergleich zu der allgemeinen Figur der Vollmacht nämlich eine speziellere Funktion. Mit der Testamentsvollstreckung gibt das Gesetz dem Erblasser eine Möglichkeit an die Hand, seinen Willen hinsichtlich seines Vermögens nach seinem Tode in der Weise fortwirken zu lassen, daß noch postmortal von ihm gewollte Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen den Nachlaß durch den Testamentsvollstrecker unabhängig vom Willen der Erben zustandegebracht werden können. Die Rechtsfigur, die es sonst ganz allgemein ermöglicht, durch andere vorzunehmende Rechtsgeschäfte mit Wirkung

für und gegen das eigene Vermögen auszustatten, ist die Vollmacht (Fremdwirkung des Handelns des Bevollmächtigten). Durch die postmortale Ausgestaltung der Vollmacht wird beabsichtigt, daß sich diese Fremdwirkung - wie die Fremdwirkung der Testamentsvollstreckung - ausschließlich auf den Nachlaß des Vollmachtgebers bezieht. Wenn das Gesetz nun aber für diese Art der Fremdwirkung eine spezielle Rechtsfigur zur Verfügung stellt, so muß man annehmen, daß diese spezielle Rechtsfigur in ihrem Bereich die allgemeine Rechtsfigur verdrängt. Täte sie dies nicht, so würden die formellen (vgl. § 2197) und die materiellen (vgl. etwa § 2289 Abs. 1 Satz 2) Kautelen, die nur für die Testamentsvollstreckung und nicht für die Vollmacht gelten, ins Leere laufen. Sie würden umgangen. Die Anordnung der den Erben belastenden Rechtswirkungen einer Testamentsvollstreckung soll gem. § 2197 unter den Authentizitätsschutz der erbrechtlichen Formen gestellt werden. Eine Vollmacht kann dagegen formlos erteilt werden. Des weiteren ist es z.B. gem. § 2289 Abs. 1 Satz 2 eine (negative) materielle Wirksamkeitsvoraussetzung für die Testamentsvollstreckung, daß der Erblasser zum Zeitpunkt ihrer Anordnung noch nicht durch einen Erbvertrag gebunden ist.¹ Ein durch einen Erbvertrag gebundener Erblasser ist dagegen nicht daran gehindert, Vollmachten zu erteilen.

Eine solche Umgehung liegt nun bei der normalen postmortalen Vollmacht nur deshalb nicht vor, weil sie gegenüber der Fremdwirkung der Testamentsvollstreckung einen essentiellen Unterschied aufweist. Die Erben können bei dieser Vollmacht die Fremdwirkung durch Widerruf verhindern, während bei der Testamentsvollstreckung die Fremdwirkung für sie unvermeidbar ist. Bei der unwi-

¹ Vgl. etwa RGZ 139, 41, 43; BGH NJW 1962, 912.

derruflichen Vollmacht fällt dieser Unterschied fort. Bei der unwiderruflichen Vollmacht auf den Todesfall will der Erblasser den Erben binden. Er will die Garantie haben, daß die von ihm gewollten Rechtsgeschäfte auch noch nach seinem Tode für und gegen den Nachlaß wirksam vorgenommen werden; und zwar auch dann, wenn die Erben dies nicht wollen. Diese Garantie, daß der Wille des Erblassers sich gegenüber dem Willen der Erben durchsetzt, ist aber gerade der Grund für die Unabänderlichkeit der Fremdwirkung bei der Testamentsvollstreckung. Der Umgehungsgedanke schlägt somit nun durch. Nur gegenüber einem unter Beachtung der formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Testamentsvollstreckung geäußerten Willen erscheint die unbedingte Bindung der Erben als gerechtfertigt.

Dies wird für die unwiderrufliche postmortale Generalvollmacht heute auch nahezu allgemein bejaht.¹ Hier ist die Umgehung auch besonders evident. Hier will der Voll-

1 Ohne Differenzierung für die Wirksamkeit unwiderruflicher postmortaler Vollmachten dagegen früher: Hilderscheid DNotZ 1938, 482, 491; von Tuhr AT Bd. II 2. Hälfte § 85 Fn. 214.

Gegen die Zulässigkeit unwiderruflicher postmortaler Generalvollmachten: KG JFG 1 Nr. 77; Erman-Hense § 2197 RdNr. 7; Palandt-Keidel. Vor § 2197 Anm. 8 c; Lehmann-Hübner AT § 36 V 7 c; Flume AT § 53 Z. 3; von Lübtow S. 1248; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 5, 8, 10; Hägele RdNr. 3. Bei der Ablehnung dieser Rechtsfigur wird nicht nur mit der Umgehung der Testamentsvollstreckung, sondern z.T. auch mit § 138 (vgl. z.B. KG a.a.O.) oder noch allgemeiner mit dem Prinzip der Privatautonomie (vgl. z.B. Flume a.a.O.) argumentiert. Da nach der hier vertretenen Ansicht alle unwiderruflichen postmortalen Vollmachten aus dem speziellen erbrechtlichen Gesichtspunkt der Umgehung der Testamentsvollstreckung heraus unwirksam sind, brauchen wir nicht näher auf die allgemeinen Gesichtspunkte einzugehen, die nicht an das Erbrecht, sondern an die übermäßige Bindung der unwiderruflichen Generalvollmacht anknüpfen.

machtheber nicht nur - wie in allen Fällen der Testamentsvollstreckung - die unbedingte Bindung der Erben, sondern auch noch - wie im gesetzlichen Normalfall der Testamentsvollstreckung - diese Bindung bezüglich aller Rechtsgeschäfte, die in bezug auf den Nachlaß möglich sind. Die unwiderrufliche postmortale Generalvollmacht unterscheidet sich vom gesetzlichen Normalfall der Testamentsvollstreckung nur durch die bei ihr - der Generalvollmacht - bestehende konkurrierende Zuständigkeit von Erben und Bevollmächtigtem. Diese konkurrierende Zuständigkeit ist aber der Testamentsvollstreckung - wie gezeigt - nicht essentiell fremd. Der Erblasser kann sie für die Testamentsvollstreckung anordnen. Eine Testamentsvollstreckung mit einem solchen Inhalt - der Erblasser entzieht dem Testamentsvollstrecker gegenüber der gesetzlichen Regelung keinerlei Befugnisse, aber er ordnet generell die konkurrierende Zuständigkeit der Erben an - ist eine nach dem Gesetz (§ 2208 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit einem "argumentum a maiore ad minus") zulässige Testamentsvollstreckung. Eine solche Testamentsvollstreckung kann aber nur bei Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen der Testamentsvollstreckung wirksam angeordnet werden. Diese würden umgangen, wenn man eine unwiderrufliche postmortale Generalvollmacht zuließe, die diesen Voraussetzungen nicht unterliegt.

Denkt man diesen Gedanken zu Ende, so erkennt man, daß auch eine unwiderrufliche postmortale Spezialvollmacht eine unzulässige Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts darstellt. Die Beschränkung auf einzelne Rechtsgeschäfte ist nämlich der Testamentsvollstreckung ebenfalls nicht essentiell fremd. Der Erblasser kann eine solche Testamentsvollstreckung gem. § 2208 Abs. 1 Satz 2 anordnen. Zusätzlich kann er dann noch die konkurrierende Zuständigkeit von Erben und Testamentsvollstrecker bestimmen. Das Testamentsvollstreckungsrecht enthält so-

mit eine Rechtsfigur, die in ihren Wirkungen genau den Rechtswirkungen einer unwiderruflichen postmortalen Spezialvollmacht entspricht. Alle gem. § 2208 Abs. 1 möglichen Ausgestaltungen der Testamentsvollstreckung sind aber gesetzlich vorgesehene "Formen" der Testamentsvollstreckung. Sie alle sind somit als Testamentsvollstreckung nur dann wirksam angeordnet, wenn die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Testamentsvollstreckung eingehalten werden. Diese werden somit immer dann umgangen, wenn eine Vollmacht so ausgestaltet wird, daß sie in ihren Wirkungen einer der nach § 2208 möglichen "Formen" der Testamentsvollstreckung gleichkommt. Wenn das Gesetz diese verschiedenen "Formen" der Testamentsvollstreckung als Testamentsvollstreckung anerkennt, dann will es diese "Formen" auch alle dem Testamentsvollstreckungsrecht unterwerfen. Dies würde aber durch die Anwendung des Vollmachtsrechts verhindert. Somit sind alle unwiderruflichen postmortalen Vollmachten als unzulässige Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts anzusehen.¹

Die von den Erben nicht zu verhindernde Fremdwirkung ist das essentielle Merkmal der Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann diese unabänderliche Bindung der Erben nur dadurch erreichen, daß er sich der erbrechtlichen Anordnungsform der Testamentsvollstreckung bedient, d.h. ihre formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt. Diese kann er nicht durch die Erteilung einer unwiderruflichen postmortalen Vollmacht umgehen. Gegen eine schwächere Bindung der Erben, wie sie durch eine widerrufliche Vollmacht entsteht, bestehen dagegen unter

¹ Im Ergebnis ebenso: RGZ 139, 41, 43; Staudinger-Dittmann § 2197 RdNr. 7; Staudinger-Böhmer Einl. zu § 1922 § 26 RdNr. 18; Planck-Flad Vorb. 6 vor § 2197; Enneccerus-Nipperdey AT § 196 V 5; Brox RdNr. 719 (aber unter Berufung auf § 138, was für die Spezialvollmacht nicht zwingend ist); Heinz S. 59.

dem Gesichtspunkt der Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts keine Bedenken. Eine solche von den Erben aufhebbare Bindung ist dem Testamentsvollstreckungsrecht geradezu fremd.

b) Die widerrufliche postmortale Vollmacht zu
Schenkungsgechäften

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß eine widerrufliche postmortale Vollmacht unter dem Gesichtspunkt der Umgehung erbrechtlicher Vorschriften generell unbedenklich ist, sondern nur, daß sie unter dem Gesichtspunkt der Umgehung der Vorschriften über die Testamentsvollstreckung nicht zu beanstanden ist. Eine widerrufliche postmortale Vollmacht ist zwar der Sache nach nicht der Anordnung einer Testamentsvollstreckung gleichzustellen, Bedenken gegen eine widerrufliche postmortale Vollmacht ergeben sich aber unter dem Gesichtspunkt der Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften durchaus noch, wenn der Bevollmächtigte für den Fall des Todes des Vollmachtgebers und des Überlebens eines in Aussicht genommenen Zuwendungsempfängers bevollmächtigt wird, diesem einen Gegenstand aus dem Vermögen des Vollmachtgebers unentgeltlich zuzuwenden. Betrachten wir hier die Stellung des Zuwendungsempfängers für den Fall, daß es dem Bevollmächtigten gelingt, diesen Erwerb postmortal zu vermitteln, ohne daß die Erben vorher widerrufen, so ist festzustellen, daß der überlebende Zuwendungsempfänger hier einen einzelnen Gegenstand unentgeltlich aus dem Nachlaß des Zuwendenden erwirbt und daß es von vorneherein ein intendiert war, daß dieser Erwerb erst aus dem Nachlaßvermögen erfolgen sollte. Während es in den Fällen des transmortalen Erwerbs so ist, daß der Erwerb noch aus dem lebzeitigen Vermögen des Zuwendenden erfolgen soll, dann aber durch das "zufällige" Dazwischentreten

des Todes erst aus dem Nachlaßvermögen erfolgt, ist es in den Fällen des postmortalen Erwerbs so, daß durch die Ausgestaltung der Vollmacht - durch die Bestimmung des Todes des Vollmachtgebers zum Wirkungsbeginn der Vollmacht - dafür Sorge getragen wird, daß der Erwerb erst aus dem Nachlaß erfolgen kann. Bis dahin kann der Vollmachtgeber außerdem den Erwerb des ins Auge gefaßten Zuwendungsempfängers noch dadurch vereiteln, daß er unter Lebenden über den in Aussicht genommenen Zuwendungsgegenstand zugunsten eines anderen verfügt.¹ Der vollzogene Erwerb des Zuwendungsempfängers weist somit alle Merkmale eines Erwerbs aufgrund eines Vermächtnisses auf: Unentgeltliche Zuwendung eines einzelnen Gegenstands für den Fall des Überlebens des Zuwendungsempfängers bei Fortbestand der Verfügungsfreiheit des Zuwendenden unter Lebenden. Dem entspricht, daß der Zuwendungsempfänger zu Lebzeiten des Zuwendenden kein Anwartschaftsrecht, sondern ausschließlich eine Erwerbshoffnung besitzt. Da die Verringerung der lebzeitigen Verfügungsmacht des Zuwendenden bewußt und gewollt nicht herbeigeführt, die Regelung vielmehr von vorneherein auf den Nachlaß bezogen wird, liegt eine Regelung im Regelungsbereich der Verfügungen von Todes wegen vor.

Wenn die Erben sogar einen zu Lebzeiten des Schenkers aufgrund einer widerruflichen Handschenkung von Todes wegen erfolgten Erwerb unter Berufung darauf kondizieren können, daß in der Sache ein erst den Nachlaß betreffendes Rechtsgeschäft unter Nichtbeachtung der erbrechtlichen Form vorliegt, so können sie mit dieser Begrün-

1 Die fortbestehende lebzeitige Verfügungsmacht des Schenkers folgt daraus, daß der Schenkungsgegenstand zu seinen Lebzeiten in seinem Machtbereich verbleibt, ohne von irgendeiner Verfügung dinglich ergriffen zu werden. Der Fortbestand der lebzeitigen Verfügungsmacht hat nichts mit der widerruflichen Ausgestaltung der Vollmacht zu tun; er wäre bei unwiderruflicher Vollmacht genauso gegeben. Auf die widerrufliche Vollmacht wird hier nur deshalb abgestellt, weil die unwiderrufliche Vollmacht schon als Umgehung der Testamentsvollstreckung anzusehen ist.

dung erst recht einen Erwerb kondizieren, der erst nach dem Tode des Zuwendenden eintritt.

Genau wie bei den postmortalen Botenfällen, in denen die Regelung des § 130 Abs. 2 bewußt zweckentfremdet wird, besteht hier bei den postmortalen Vollmachtsfällen nur der Anschein eines lebzeitigen Rechtsgeschäfts des Zuwendenden. Die zweckentfremdete Regelung ist hier die Regelung der §§ 168 Satz 1 672 Satz 1.¹

Gegen die Ansicht, daß auf eine widerrufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungszwecken die erbrechtlichen Formen anzuwenden sind, weil in der Sache eine Verfügung von Todes wegen vorliegt,² wird immer wieder als zentrales Argument angeführt, daß man nicht auf den Erfolg der aufgrund einer solchen Vollmacht bewirkten Schenkung abstellen dürfe, sondern daß man auf die Wirkungen sehen müsse, die die Vollmacht als solche im Rechtskreis des Erben auslöse.³

Diese Wirkungen sind in der Tat andere und schwächere als die eines Vermächtnisses. Ein Vermächtnis verschafft dem Vermächtnisnehmer mit dem Erbfall einen klagbaren Anspruch (§ 2174). Dadurch wird sichergestellt, daß der Wille des Erblassers nach seinem Tode verwirklicht wird. Ein solcher Anspruch entsteht für den Zuwendungsempfänger einer postmortalen Schenkung, die aufgrund einer postmortalen Vollmacht bewirkt werden soll, mit dem Erbfall nicht. Vertragliche Beziehungen mit dem Zuwendungsempfänger kommen überhaupt erst dadurch zustande, daß

1 Dazu später noch genauer S. 301 ff.

2 So für das Gemeine Recht: RGZ 42, 133 ff; so für das heutige Recht: Müller-Freienfels S. 322, 323; Brox RdNr. 719; Kipp-Coing § 81 V 2 b (noch klarer in der 12. Bearbeitung § 81 IV 2 c); Staudinger-Coing § 168 RdNr. 4; Enneccerus-Nipperdey AT § 186 V 2.

3 So: von Lübtow S. 1246; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 5, 8, 9; Kleinschmidt S. 75, 76, 77; Heinz S. 65 ff.

der Bevollmächtigte postmortal mit dem Zuwendungsempfänger den Schenkungsvertrag abschließt. Dies können die Erben aber, wenn man diese Fallkonstellation dem Vollmachtsrecht unterstellt, dadurch verhindern, daß sie die Vollmacht widerrufen. Die Verwirklichung des Willens des Vollmachtgebers nach seinem Tode ist also nicht sichergestellt.

Aus diesem Grunde könne - so die Argumentation derjenigen, die eine Anwendung der erbrechtlichen Formvorschriften ablehnen - von einer Umgehung der Vermächtnisregelung nicht die Rede sein. Daraus, daß die stärkere Bindung der Erben (beim Vermächtnis können die Erben die Verwirklichung des Erblasserwillens nicht verhindern) den erbrechtlichen Formen unterliege, könne nicht geschlossen werden, daß auch die schwächere Bindung der Erben (bei der widerruflichen postmortalen Vollmacht können die Erben die Verwirklichung des Willens des Vollmachtgebers verhindern) der erbrechtlichen Formen bedürfe.

Diese strikte Trennung zwischen Vollmacht und Vertretergeschäft, die darin zum Ausdruck kommt, daß man die Frage nach der Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften ausschließlich danach beantwortet, welche Rechtsfolgen die Vollmacht als solche im Rechtskreis des Erben auslöst, könnte noch angehen, wenn man das spätere Vertretergeschäft, das zwischen dem Bevollmächtigten und dem Zuwendungsempfänger vorgenommen wird, an § 2301 messen würde.¹ Gerade dies tun die Vertreter die-

¹ Damit soll nicht gesagt sein, daß dies richtig wäre. Es liegt vielmehr wie in den postmortalen Botenfällen von vorneherein eine einseitige Zuwendung von Todes wegen vor, die von vorneherein nur in erbrechtlichen Formen wirksam werden kann. Es soll damit nur gesagt werden, daß eine Anwendung des § 2301 auf das Vertretergeschäft wenigstens verhindern würde, daß die erbrechtlichen Formvorschriften durch die künstliche Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft ins Leere laufen.

ser Ansicht aber nicht.¹ Diese Autoren gehen vielmehr - *espressis verbis* oder stillschweigend - davon aus, daß der spätere Schenkungsvertrag dem § 2301 nicht unterfällt. Der spätere Schenkungsvertrag stelle eine lebzeitige Handschenkung zwischen den Erben und dem Zuwendungsempfänger dar, über die § 2301 nichts aussage.²

§ 2301 knüpfe an die Rechtsbeziehungen zwischen dem Erblasser und dem Zuwendungsempfänger an. In diesem Verhältnis läge kein Schenkungsversprechen i.S.d. § 2301 Abs. 1 vor, weil der Erblasser dem Zuwendungsempfänger zu seinen Lebzeiten nichts versprechen würde, und auch keine vollzogene Schenkung i.S.d. § 2301 Abs. 2, weil die Vollmacht die "post mortem" erfolgende Schenkung nur vorbereite.³ In dem Bereich, in dem § 2301 zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften des Erblassers anwendbar

1 Es gibt auch andere Autoren, die gegen die widerrufliche postmortale Bevollmächtigung zu Schenkungsgeschäften als solche keine Bedenken haben, die aber das aufgrund dieser Vollmacht zwischen dem Bevollmächtigten und dem Zuwendungsempfänger vorgenommene Schenkungsgeschäft dem § 2301 unterstellen. Die Mehrzahl dieser Autoren verneint dann (mit z.T. verschiedenen Begründungen) einen Vollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2. So: Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 34; Erman-Hense § 2301 RdNr. 7; RGRK-Kregel § 2301 RdNr. 10. Es gibt aber auch Autoren, die einen Vollzug bejahen: Wieacker S. 271, 279; Röttemann NJW 1959, 661; Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922 § 26 RdNr. 18.

Der Umstand, daß in diesen Fällen bei Anwendung des Vollmachtsrechts ein Schenkungsvertrag zwischen den Erben des Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger als Vertragspartnern zustandekommt, der sofort erfüllt wird, wird dabei nicht reflektiert. Der Schenkungsvorgang wird vielmehr auf das Verhältnis Vollmachtgeber-Zuwendungsempfänger bezogen, und es wird gefragt, ob man in diesem Verhältnis von einem lebzeitigen Vollzug sprechen kann, was dann - entsprechend den verschiedenen Vollzugsbegriffen der verschiedenen Autoren - verschieden beantwortet wird.

2 Heinz S. 64; von Lübtow S. 1243.

3 von Lübtow S. 1245, 1246.

sei, lägen die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht vor, während in dem Verhältnis, in dem geschenkt würde, § 2301 nicht anwendbar sei. Eine Umgehung des § 2301 käme auch nicht in Betracht, weil die widerrufliche postmortale Vollmacht, die ihrerseits wegen ihrer schwächeren Rechtswirkungen die Vermächtnisregelung nicht umgehe, ein Weg sei, den die Rechtsordnung dem Erblasser zur Verfügung gestellt habe. Eine Umgehung könne aber nicht vorliegen, wenn der Erblasser einen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Weg benutze.¹

Diese Auffassung ist abzulehnen. Die strikte Trennung von Vollmacht und Vertretergeschäft verdeckt den wahren Charakter des Gesamtvorganges, der rechtlich zu beurteilen ist.

Zuerst ist festzuhalten, daß die Notwendigkeit einer rechtlichen Beurteilung der Wirksamkeit einer formlosen Vollmacht sich überhaupt nur ergibt, wenn es zu einem Gesamtvorgang aus unwiderrufener Vollmacht und Vertretergeschäft kommt. Widerrufen nämlich die Erben die Vollmacht, bevor der Bevollmächtigte das Vertretergeschäft vorgenommen hat, so verbleibt der in Aussicht genommene Zuwendungsgegenstand dem Nachlaß.¹ Dabei ist es gleichgültig, ob die Vollmacht von vorneherein wegen Umgehung des Erbrechts unwirksam ist oder ob sie - wie die Vertreter dieser Ansicht meinen - formlos wirksam ist; als formlos wirksame Vollmacht ist die Vollmacht wirksam widerrufen. Die Bejahung einer formlos

¹ von Lübtow S. 1246. Alle diese Gesichtspunkte werden vom Bundesgerichtshof explizit nicht angeführt. Aber auch er geht von der Wirksamkeit der widerruflichen postmortalen Vollmacht aus und unterwirft weder diese Vollmacht noch das spätere Schenkungsgeschäft der Kontrolle des § 2301. Vgl. BGH NJW 1969, 1245, 1246, 1247; BGH NJW 1962, 1718, 1719.

² Ein Beispiel dafür bildet der Fall BGH NJW 1975, 382 ff.

wirksamen Vollmacht wirkt sich nur dann aus, wenn die Erben nicht rechtzeitig widerrufen und der Bevollmächtigte aufgrund der nichtwiderrufenen Vollmacht das Zuwendungsgeschäft (= Vertretergeschäft) mit dem Zuwendungsempfänger vornimmt. In diesem Fall kann es zu einem Erwerb des Zuwendungsempfängers kommen, für den sich dann die Frage stellt, ob die Erben ihn wegen formnichtiger, den Formanforderungen des Erbrechts nicht genügender causa kondizieren können.

Betrachtet man nun den Erfolg dieses Gesamtvorganges aus Vollmacht und Vertretergeschäft, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Erfolg eines erfüllten Vermächtnisses erzielt wird. Der Zuwendungsempfänger erhält unentgeltlich einen einzelnen Gegenstand aus dem Nachlaß. Ein Erwerb hätte nicht stattgefunden, wenn der Zuwendungsempfänger den Vollmachtgeber nicht überlebt hätte, und auch dann nicht, wenn der Vollmachtgeber zu seinen Lebzeiten über den Zuwendungsgegenstand anderweitig verfügt hätte. In bezug auf den Enderfolg des Gesamtvorganges kann also nicht die Rede davon sein, daß dem Erben gegenüber eine schwächere Rechtswirkung eintritt als bei einem Vermächtnis. Im Gegenteil. Dem Erben gegenüber steht der Zuwendungsempfänger da wie ein Vermächtnisnehmer, dessen Vermächtnisforderung schon erfüllt worden ist. Dem Erben gegenüber stellt sich die Rechtslage im Ergebnis - wenn auch nicht in der konstruktiven Begründung - so dar, als ob dem Zuwendungsempfänger ein wirksames Vindikationslegat ausgesetzt worden wäre. In bezug auf dieses Ergebnis ist es uninteressant, ob zwischenzeitlich in einem Zwischenstadium dieses Vorgangs (nach dem Tode des Vollmachtgebers, aber vor der Vornahme des Vertretergeschäfts) die Position des Zuwendungsempfängers schwächer war, als es die Position eines Vermächtnisnehmers gewesen wäre. Diese Schwäche hat sich nicht ausgewirkt. Hätte sie sich - durch Widerruf der Erben - ausgewirkt, so hätte sich die hier zu beantwortende Frage, ob die Rechtsposition des

Zuwendungsempfängers in der Sache eine erbrechtliche Rechtsposition darstellt, die nur bei Einhaltung der erbrechtlichen Formen schuldrechtlich gerechtfertigt ist, gar nicht gestellt. Nur bei dieser Frage wirkt sich die von dieser Ansicht bejahte formlose Wirksamkeit der Vollmacht aus. Mit der Schwäche der Vollmachtswirkung im Vergleich zur Vermächtniswirkung wird die Wirksamkeit der Vollmacht begründet, auf die es aber nur dann ankommt, wenn sich diese Schwäche nicht auswirkt. Mit dieser Schwäche (kein Anspruch im Gegensatz zum Vermächtnis) wird begründet, daß keine Umgehung des Erbrechts vorliege. Die mit dieser Begründung gewonnene Rechtsfolge (Wirksamkeit der formlosen Vollmacht) ist aber nur für den Fall relevant, daß diese Schwäche nicht zum Tragen kommt. Realisiert sich die Schwäche, weil die Vollmacht widerrufen wird, so treten eh keine Rechtswirkungen der Vollmacht ein, wobei es gleichgültig ist, ob die Vollmacht wirksam war oder nicht. Die Frage nach den Rechtswirkungen einer solchen Vollmacht stellt sich nur dann, wenn diese Vollmacht nicht widerrufen und aufgrund dieser Vollmacht ein Vertretergeschäft vorgenommen wird. Wenn ein Vertretergeschäft ohne vorhergehenden Widerruf der Erben erfolgt, kann man von der Tatsache, daß es so erfolgt, nicht einfach abstrahieren. Das tun die Vertreter dieser Ansicht aber, indem sie bei der Prüfung der Wirksamkeit der Vollmacht, die nur geprüft zu werden braucht, wenn ein späteres Vertretergeschäft so zustandekommt, isoliert auf die Rechtswirkung der Vollmacht im Rechtskreis der Erben abstellen. Weil diese Wirkung geringer ist als die Rechtswirkung eines Vermächtnisses, wird die Vollmacht als wirksam angesehen. Aufgrund dieser wirksamen Vollmacht kommt diese Ansicht dann zur Wirksamkeit des Vertretergeschäftes. Es ist aber ein Unding, eine Umgehung des Erbrechts mit der Begründung abzulehnen, daß bei der Vollmacht eine Verwirklichung des Willens des

Vollmachtgebers durch ein Vertretergeschäft nicht gewährleistet sei, wenn gleichzeitig feststeht, daß die Verwirklichung dieses Willens durch ein Vertretergeschäft erfolgt ist; die Frage nach den Wirkungen der Vollmacht sich sogar nur deshalb ergibt, weil durch ein Vertretergeschäft der Wille des Vollmachtgebers verwirklicht worden ist.

Diese Verwirklichung entspricht auch der Intention des Vollmachtgebers. Er erteilt die Vollmacht nicht zu dem Zwecke, daß die Erben sie widerrufen. Er ist im Gegenteil darauf bedacht, daß die Erben rein tatsächlich gar nicht die Möglichkeit zum Widerruf erhalten. Im Regelfall wählt der Erblasser die Rechtsfigur der postmortalen Vollmacht aus Geheimhaltungsgründen. Weil die Zuwendung vor den Erben geheimgehalten werden soll, wird sie nicht offen in einer Verfügung von Todes wegen angeordnet. Ist dies aber die Motivation des Erblassers, so wird er in der Regel auch durch entsprechende Vorkehrungen dafür sorgen, daß die Vollmacht den Erben möglichst unbekannt bleibt. Ohne solche Vorkehrungen kann er das von ihm erstrebte Ziel (geheime Zuwendung an den Zuwendungsempfänger) nicht erreichen. Es ist also nicht nur so, daß das Widerrufsrecht der Erben, aus dem die Nichtumgehung des Erbrechts folgen soll, in den Fällen, um deren Beurteilung es hier geht, gar nicht ausgeübt wird, sondern im Regelfall auch noch so, daß diese Nichtausübung vom Vollmachtgeber verursacht wird. Das Vertretergeschäft findet statt, weil der Vollmachtgeber den Vertreter dazu bevollmächtigt und weil er dafür sorgt, daß die Erben nicht dazu kommen, diese Vollmacht zu widerrufen.

Die Widerruflichkeit der Vollmacht besteht in Wirklichkeit um des Vollmachtgebers, nicht um der Erben willen. Der Vollmachtgeber will nämlich zu seinen Lebzeiten die Entscheidungsfreiheit bezüglich des Zuwendungsgegenstandes behalten. Diese Entscheidungsfreiheit wird ihm nur

durch eine widerrufliche Vollmacht garantiert. Bei einer unwiderruflichen Vollmacht besteht die Gefahr, daß das Vertretergeschäft postmortal von dem Bevollmächtigten auch dann noch abgeschlossen wird, wenn der Vollmachtgeber über den Zuwendungsgegenstand lebzeitig anderweitig verfügt hat. Derjenige, demgegenüber dieses Vertretergeschäft vorgenommen würde, würde dann möglicherweise mit Schadensersatzansprüchen an die Erben herantreten. Diese Möglichkeit beeinträchtigt die Entscheidungsfreiheit des Vollmachtgebers, die er bezüglich des Zuwendungsgegenstandes behalten will. Eine widerrufliche Vollmacht erhält ihm dagegen die völlige Freiheit. Bei einer solchen Vollmacht kann er lebzeitig unter Widerruf der Vollmacht über den Zuwendungsgegenstand anderweitig verfügen, ohne befürchten zu müssen, daß gegenüber seinen Erben später Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Seine Interessenlage erfordert somit die Widerruflichkeit der Vollmacht. Seiner Interessenlage wäre am besten gedient, wenn er die Vollmacht für sich widerruflich (Erhaltung seiner Entscheidungsfreiheit) und für die Erben unwiderruflich (Garantie, daß sein Wille nach seinem Tode verwirklicht wird) ausgestalten könnte. Dies ist aber nicht möglich.

Dies ist ganz unabhängig davon nicht möglich, daß eine unwiderrufliche postmortale Vollmacht in der Sache die Anordnung einer Testamentsvollstreckung darstellt. Selbst wenn dies nicht so wäre, so ist es nicht möglich, daß der Vollmachtgeber durch Einigung mit dem Bevollmächtigten erreicht, daß die Vollmacht für ihn widerruflich, für die Erben aber unwiderruflich sein soll. Wenn postmortaler Auftrag und postmortale Bevollmächtigung gegen die Erben wirken können,¹ so kann dies nur auf dem Prinzip der Universalsukzession (§ 1922) beru-

¹ Damit soll nicht gesagt sein, daß diese Wirkungen eintreten, sondern nur aufgezeigt werden, auf welchem Wege solche Wirkungen ausschließlich erklärt werden können.

hen. Die Entstehungstatbestände von Auftrag und Bevollmächtigung werden zu Lebzeiten des Erblassers zwischen diesem und dem Bevollmächtigten verwirklicht, nur die Rechtswirkungen werden bis zum Tode des Auftraggebers hinausgeschoben. Auftrag und Vollmacht bestehen schon vorher, sie werden nur bis zum Tode des Auftraggebers noch nicht wirksam. Mit dem Tode des Vollmachtgebers können die Erben gem. § 1922 in diese Position einrücken.¹ Eine andere Erklärung dafür, daß Auftrag und Vollmacht gegen die Erben wirken können, ist nicht denkbar. Wäre die "Pflichtenlage" nämlich im Augenblick des Todes noch nicht entstanden, so daß sie nicht gem. § 1922 übergehen könnte, so bliebe nur die Möglichkeit, daß sie erst in diesem Zeitpunkt entsteht. Neue Pflichten, die nicht schon in der Person des Erblassers entstanden sind, kann der Erblasser für die Erben aber nur durch Verfügung von Todes wegen und nicht durch schlichte Vollmacht begründen. Wenn die Wirkung gegen die Erben bei postmortalem Auftrag und postmortaler Vollmacht nur auf der Universalsukzession beruhen kann, so kann sie bei den Erben nicht weitergehen als beim Erblasser. War für diesen Widerruflichkeit gegeben, so ist sie auch für die Erben gegeben.²

Folglich muß der Vollmachtgeber, wenn er wegen seiner

1 Vgl. dazu von Lübtow S. 1242, 1243; Harder, Festschrift S. 516 ff; Poischen S. 9 ff.

2 So auch: KG JFG 1, 318; Boehmer Reichsgerichtspraxis III S. 310; Staudinger-Boehmer Einl. vor § 1922, § 26 RdNr. 18; Kipp-Coing § 91 II 11. a.A.: von Lübtow S. 1247; Soergel-Wolf § 2301 RdNr. 10. Dies bedeutet nun nicht, daß die Gedanken zur Umgehung der Testamentsvollstreckung gegenstandslos wären. Sie behalten ihre volle Bedeutung für den Fall, daß der Erblasser die Vollmacht auch schon für sich unwiderruflich gestaltet. Zum anderen ist es so, daß selbst wenn - entgegen der hier vertretenen Ansicht - der Erblasser die Unwiderruflichkeit nur für die Erben anordnen könnte, eine solche Vollmacht in nichterbrechtlicher Form dann immer noch wegen Umgehung der Testamentsvollstreckung unzulässig wäre.

Entscheidungsfreiheit nur eine widerrufliche Vollmacht erteilt, den Nachteil in Kauf nehmen, daß auch der Erbe widerrufen kann. Davon, daß der Vollmachtgeber in diesen Fällen die Widerruflichkeit durch den Erben nicht nur in Kauf nimmt, sondern sie wirklich will, kann keine Rede sein. Eine Widerrufserklärung durch den Erben will er bestimmt nicht. Wollte er sie, so brauchte er die Vollmacht erst gar nicht zu erteilen. Er will dem Erben aber auch nicht die tatsächliche Möglichkeit eines Widerrufs einräumen. Wollte der Vollmachtgeber dem Erben wirklich die Möglichkeit des Widerrufs eröffnen, so müßte er die endgültige Entscheidung über den Erwerb des Zuwendungsempfängers von der Entscheidung des Erben abhängig machen. Das könnte er z.B. durch eine entsprechende Pflichtbindung des Bevollmächtigten erreichen. Er könnte z.B. mit diesem eine Bindung an die Zustimmung des Erben vereinbaren. Tut er dies alles nicht, sondern wählt er den Weg der Heimlichkeit, so will er in Wirklichkeit den Erwerb des Zuwendungsempfängers ohne Rücksicht auf den Willen des Erben.

In den Fällen, die hier zur Beurteilung anstehen, wird dieses Ziel von dem Vollmachtgeber dann auch objektiv erreicht. Daß dieses Ergebnis nicht dergestalt erzielt wird, daß dem Zuwendungsempfänger zuerst ein Vermächtnisanspruch durch eine Verfügung von Todes wegen verschafft wird, den die Erben dann zu erfüllen haben, sondern dergestalt, daß ein Bevollmächtigter aufgrund postmortaler Vollmacht in Vertretung der Erben dem Zuwendungsempfänger den Zuwendungsgegenstand und die "Schenkungscausa" verschafft, spricht nicht gegen, sondern für eine Umgehung des Erbrechts. Der Vollmachtgeber führt die Wirkungen eines erfüllten Vermächtnisses auf einem anderen Wege als dem im Erbrecht vorgesehenen herbei. Dieser Erkenntnis versperst man sich, wenn man Vollmachtserteilung und Vertretergeschäft jeweils iso-

liert für sich betrachtet.

Gegen die Ansicht, die eine solche Trennung vornimmt, sprechen aber auch noch andere Argumente.

Dabei sind in erster Linie die Ergebnisse zu nennen, zu denen diese Ansicht führt. Läßt man nämlich eine wider-
rufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungsgeschäften zu, ohne diese ins Erbrecht einzuordnen und ohne sie den Voraussetzungen des Erbrechts zu unterwerfen, so schafft man eine Rechtsfigur für "zufälligen Rechtserwerb".¹ Die Rechtslage hängt dann nämlich davon ab, ob zufällig der Erbe schneller als der Bevollmächtigte oder ob genauso zufällig der Bevollmächtigte schneller als der Erbe ist. Erfährt der Erbe rechtzeitig von der Existenz der Vollmacht und widerruft er diese, bevor der Bevollmächtigte das Vertretergeschäft mit dem Zuwendungsempfänger getätigt hat, so wird dessen Rechtserwerb verhindert. Der Zuwendungsgegenstand bleibt dann dem Erben, ohne daß der ins Auge gefaßte Zuwendungsempfänger daran etwas ändern könnte. Ein Anspruch aus einem Vermächtnis steht ihm ja nicht zu. Wird dagegen das Vertretergeschäft zufällig vorgenommen, bevor sich der Erbe einschalten kann, so hat der Zuwendungsempfänger endgültig mit Rechtsgrund erworben. Er braucht ja nicht in "erbrechtlichen Formen" zu erwerben. Daß dieses Ergebnis nicht sinnvoll ist, liegt auf der Hand. Daß der Erwerb des Zuwendungsempfängers vom Zufall abhängen soll, könnte angesichts der Privatautonomie seine Rechtfertigung nur darin finden, daß die Veräußererseite (Vollmachtgeber und Erbe) dies so will. Davon kann keine Rede sein. Der Vollmachtgeber will diesen Erwerb in jedem Fall. Der Erbe wird diesen Erwerb in den allermei-

¹ Zu diesen Bedenken vgl. auch: Medicus BR RdNr. 398; Harder/Welter NJW 1977, 1139, 1140; Bühler NJW 1976, 1727, 1728.

sten Fällen nicht wünschen.¹ Niemand will aber, daß der Erwerb des Zuwendungsempfängers von dem Zufall abhängen soll, ob der Bevollmächtigte schneller als der Erbe handelt. Es kann also nur darum gehen, ob der Wille des Erblassers oder der des Erben entscheidend ist. Das hängt wiederum von der rechtlichen Qualität des Erwerbs des Zuwendungsempfängers ab. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich dabei in der Sache um einen Vermächtniserwerb. Ob ein solcher Erwerb stattfindet oder nicht, richtet sich nach dem Willen des Erblassers, der allerdings nur dann beachtlich ist, wenn er sich in den Formen äußert, die das Erbrecht für die Verfügungen von Todes wegen fordert. Äußert er sich nicht in diesen Formen, so findet der Erwerb nicht statt. Auf jeden Fall entscheidet nicht der o.g. Zufall. Ist die erbrechtliche Form gewahrt, so ist der Erwerb auch dann durchzuführen, wenn der Erbe ihn nicht wünscht und vor dem Tätigwerden des Bevollmächtigten "widerruft". Einem formgerecht angeordneten Vermächtnis kann er sich nicht entziehen. Ist die erbrechtliche Form nicht gewahrt, so kommt es zu einem endgültigen Erwerb auch dann nicht, wenn der Bevollmächtigte schneller als der Erbe gewesen ist. Der Erbe kann den Zuwendungsgegenstand dann kondizieren.

Außerdem stellt die Gegenansicht einen Verstoß gegen § 2065 Abs. 1 dar.² § 2065 ist Ausdruck des erbrechtlichen Prinzips, daß eine Vertretung im Willen bei letztwilligen Verfügungen nicht zulässig ist. Gem. § 2065 Abs. 1 muß der Erblasser selbst darüber entscheiden, ob seine letztwillige Verfügung gelten soll oder nicht. Diese Entscheidung darf er nicht einem Drit-

1 Wünscht auch er ihn, so kommt es zu keinen Rechtsstreitigkeiten.

2 Zu diesem Bedenken vgl. auch Staudinger-Dittmann § 2301 RdNr. 34.

ten überlassen. Dieser Grundsatz gilt auch für die Anordnung eines Vermächtnisses. Die §§ 2151 ff machen für das Vermächtnis keine Ausnahme von diesem Grundsatz. Diese Bestimmungen enthalten nur Ausnahmen von der Regel des § 2065 Abs. 2, wonach der Erblasser Dritten auch nicht die Entscheidung darüber überlassen darf, welche Personen Zuwendungsempfänger sein sollen und welche Gegenstände zugewendet werden sollen. Letztere Entscheidungen kann der Erblasser gem. den Einzelregelungen in den §§ 2151 ff beim Vermächtnis im gewissen Umfange Dritten überlassen. Er kann aber auch hier nicht von der Regel des § 2065 Abs. 1 abweichen und einem Dritten die Entscheidung darüber überlassen, ob die Anordnung eines Vermächtnisses überhaupt gelten soll oder nicht. Genau dies würde aber geschehen, wenn man eine widerrufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungsgeschäften losgelöst von den Voraussetzungen des Erbrechts zulassen würde. Wie schon dargestellt, steht am Ende des Gesamtvorgangs aus Vollmachtserteilung und Vertretergeschäft die Rechtswirkung eines erfüllten Vermächtnisses. Ob diese Wirkung eintritt, hängt nach der Gegenansicht aber zunächst einmal vom Willen des Bevollmächtigten - also dem Willen eines Dritten - ab. Entscheidet er sich nämlich für die Nichtbenutzung der Vollmacht, so tritt diese Rechtswirkung des erfüllten Vermächtnisses nicht ein. Entscheidet er sich für die Benutzung, so kann der Rechtserwerb des Zuwendungsempfängers außerdem noch von der Entscheidung des Erben abhängen. Er kann dem Bevollmächtigten, der sich für die Benutzung der Vollmacht entschieden hat, noch durch den Widerruf zuvorkommen. Der Erbe ist aber ebenso wie der Bevollmächtigte ein "anderer" i.S.d. § 2065 Abs. 1.¹ Es entscheidet somit nicht der Erblasser selbst (= Vollmachtgeber) darüber, ob der Erwerb des Zuwendungsempfän-

1 Vgl. statt aller Palandt-Keidel § 2065 Anm. 2 b.

gers wirklich stattfindet; dies hängt vielmehr von der freien Entscheidung Dritter (Bevollmächtigter, Erbe) ab. Sieht man dagegen die Anordnung des Erblassers als Vermächtnisanordnung an, so hängt die Durchführung dieser Anordnung nicht mehr vom Willen anderer Personen, sondern ausschließlich von der Einhaltung der erbrechtlichen Form durch den Erblasser ab.

Es ist somit daran festzuhalten, daß eine widerrufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungsgeschäften eine Regelung im Regelungsbereich der Verfügungen von Todes wegen ist. Der Vollmachtgeber will bei Fortbestand seiner lebzeitigen Verfügungsfreiheit bezüglich des Zuwendungsgegenstandes bewirken, daß dieser Zuwendungsgegenstand im Falle des Überlebens eines bestimmten Zuwendungsempfängers von diesem Empfänger unentgeltlich erworben wird. Damit will der Vollmachtgeber alle Merkmale eines Vermächtnisses verwirklichen.

Ließe man einen solchen Erwerb aufgrund einer formlos wirksamen postmortalen Vollmacht zu, so ließe man die Rechtswirkungen eines erfüllten Vermächtnisses ohne Einhaltung der erbrechtlichen Formen zu. Daß dies nicht geht, folgt aus dem Grundsatz der Exklusivität der erbrechtlichen Formen, der in § 2301 seinen deklaratorischen Niederschlag gefunden hat. Daß bei dieser Konstellation ein Erwerb des Zuwendungsempfängers nicht mit Hilfe des Vollmachtsrechts, das von der formlosen Wirksamkeit von Vollmachten ausgeht, zustandekommen darf, folgt somit zwar nicht aus der Umgehung der Testamentsvollstreckungsregelung, wohl aber aus der Umgehung der Regelung, daß die Anordnung eines Vermächtnisses der erbrechtlichen Form bedarf. Daß bei dieser Konstellation die Anwendung von Vollmachtsrecht die Testamentsvollstreckungsregelung nicht umgehen würde, folgt daraus, daß bei Unterstellung unter das Vollmachtsrecht Fälle des wirksamen Widerrufs durch den Erben möglich

wären. Die Möglichkeit eines Widerrufs durch den Erben besteht dagegen bei der Testamentsvollstreckung nicht. Diese Möglichkeit als solche ist mit der Rechtsfigur der Testamentsvollstreckung nicht zu vereinbaren. Da diese Möglichkeit bei der Unterstellung der widerruflichen postmortalen Vollmacht unter das Vollmachtsrecht nicht ausgeschlossen wäre, kann man nicht davon sprechen, daß der Bevollmächtigte in diesen Fällen in der Sache ein Testamentsvollstrecker wäre. Daß die Anwendung des Vollmachtsrechts dagegen das "Vermächtnisrecht" umgehen würde, folgt daraus, daß in den Fällen, in denen - den Intentionen des Vollmachtgebers entsprechend - kein Widerruf erfolgt, formlos die Wirkungen eines erfüllten Vermächtnisses bewirkt werden könnten. Dies dem Satz von der Exklusivität der erbrechtlichen Formen widersprechende Ergebnis wird nicht davon berührt, daß bei Unterstellung unter das Vollmachtsrecht die Erben zwischenzeitlich - auf dem Weg zu diesem Ergebnis - die rechtliche Möglichkeit hätten, dieses Ergebnis zu verhindern. Die Umgehung des Testamentsvollstreckungsrechts wird durch diese Möglichkeit vermieden, da dem Testamentsvollstreckungsrecht diese Möglichkeit als solche essentiell fremd ist. Dagegen verhindert diese Möglichkeit als solche nicht den Eintritt des den Wertungen des Erbrechts widersprechenden Ergebnisses, daß die Wirkungen eines erfüllten Vermächtnisses formlos herbeigeführt werden könnten. Bei der Anwendung von Vollmachtsrecht ist es zwar so, daß dieses dem Erbrecht widersprechende Ergebnis verhindert werden kann, wenn die Erben von der Widerrufsmöglichkeit Gebrauch machen. Dies ändert aber nichts daran, daß ein dem Erbrecht widersprechendes Ergebnis vorliegt, wenn die Erben nicht widerrufen. Berücksichtigt man nun, daß der Vollmachtgeber es gar nicht will, daß die Erben widerrufen, und er den von ihm in die Wege geleiteten Erwerbsvorgang auch gar nicht so ausgestaltet, daß der rechtlichen Widerrufsmöglichkeit der Erben eine tat-

sächliche Widerrufsmöglichkeit entspricht, so ist festzustellen, daß der Vollmachtgeber bewußt und gewollt die Wirkungen eines erfüllten Vermächtnisses herbeiführen will. Der Vollmachtgeber will sich nur der rechtstechnischen Durchführungsform des Vermächtnisses (Anspruch des Zuwendungsempfängers gegen den Erben, den dieser zu erfüllen hat) nicht bedienen, weil er dann die Zuwendung offenlegen müßte. Dies ist aber die typische Umgehungskonstellation. Wer in der Sache die Wirkungen eines erfüllten Vermächtnisses will, der muß sich dafür auch der Form der Verfügungen von Todes wegen bedienen.

Die widerrufliche postmortale Vollmacht zu Schenkungszwecken ist somit als Vermächtnisanordnung zu behandeln, die der erbrechtlichen Form bedarf. Da die Erbvertragsform hier aus den gleichen Gründen wie bei den Botenfällen nicht in Betracht kommt, verbleibt nur die Testamentsform. Hat ein Vertretergeschäft stattgefunden und entspricht die Vollmacht nicht der Testamentsform, so können die Erben kondizieren. Sie können nicht kondizieren, wenn die Testamentsform eingehalten ist.

Lösungsbedürftig bleibt somit nur noch der Fall, daß noch kein Vertretergeschäft vollzogen ist und der Erbe die "Vollmacht widerrufen" hat, diese Vollmacht aber der Testamentsform genügt, weil sie z.B. handschriftlich ge- und unterschrieben ist. Hier muß man nun die Konsequenzen aus den bisherigen Überlegungen ziehen. Der Vollmachtgeber will in der Sache ein Vermächtnis. Er hat die dafür vorgeschriebene erbrechtliche Form eingehalten. Dann ist dem Zuwendungsempfänger jetzt auch ein Anspruch gegen den Erben zu gewähren. Diesen Weg zur Erreichung des gewollten Vermächtniserfolges hat nun zwar der Vollmachtgeber (= Erblasser) nicht angeordnet. Diesen Weg wollte er gerade umgehen. Dieses Argument kann aber aus mehreren Gründen nicht durchschla-

gen. Der vom Vollmachtgeber gewählte Weg, daß ein Bevollmächtigter ein Vertretergeschäft vornehmen soll, ist gescheitert. Hätte sich der Vollmachtgeber dies Scheitern der Zuwendung durch ein Vertretergeschäft vorgestellt und sich in bezug darauf einen Willen gebildet, so hätte er, da er die Zuwendung wollte, eine direkte Zuwendung durch den Erben gar keiner Zuwendung vorgezogen. Aus § 140 folgt, daß bei "mißglücktem Weg" der gewollte Erfolg trotzdem noch soweit wie möglich herbeizuführen ist.¹ In einer solchen Konstellation muß immer gefragt werden, ob der Erfolg noch auf einem anderen rechtlich zulässigen Weg erzielt werden kann, und ob dieser andere Weg dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Dieser andere Weg darf nur keine weitergehenden Rechtsfolgen haben als der ursprünglich geplante Weg. Solche weitergehenden Rechtsfolgen liegen hier aber in bezug auf den erstrebten Enderfolg nicht vor. Letztendlich kann man zur Rechtfertigung dieser Lösung auch noch den im Erbrecht geltenden Grundsatz der wohlwollenden Auslegung (§ 2084) anführen.

c) Die postmortale Vollmacht unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten

Somit haben wir festgestellt, daß die postmortale Vollmacht in zwei Fällen in der Sache gar keine Bevollmächtigung ist. Liegt eine unwiderrufliche Vollmacht vor, so handelt es sich in Wirklichkeit um die Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Ist eine widerrufliche Vollmacht zu Schenkungszwecken erteilt, so ist in Wirklichkeit die Anordnung eines Vermächtnisses gegeben. Die Einkleidung in die Vollmachtskonstruktion hat in beiden Fällen nur Verschleierungsfunktion. Es verbleibt somit

¹ § 140 ist direkt nicht anwendbar, weil kein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt.

nur noch der uns von unserem Thema her nicht unmittelbar interessierende Fall, daß eine widerrufliche postmortale Vollmacht zum Abschluß eines entgeltlichen Vertrages, z.B. eines Kaufvertrages, erteilt wird. Hier liegt keine Konkurrenz mit der Testamentsvollstreckung vor, weil es sich nicht um eine unwiderrufliche Belastung der Erben handelt, und auch keine mit der Anordnung eines Vermächtnisses, weil es nicht um unentgeltliche Rechtsnachfolge, sondern um entgeltlichen Austausch von Gütern geht. Die Lösung hängt hier also ausschließlich davon ab, ob eine postmortale Bevollmächtigung die vom Vollmachtgeber erstrebten Rechtswirkungen äußern kann. Wäre diese Frage allerdings zu verneinen, so könnte in den Fällen, in denen unwiderrufliche postmortale Vollmachten oder widerrufliche postmortale Vollmachten zu Schenkungsgeschäften in einer nicht den erbrechtlichen Formen entsprechenden Art und Weise erteilt worden sind, die Begründung fehlender Rechtswirkung noch auf einem zweiten Weg durchgeführt werden. Selbst wenn man den erbrechtlichen Rechtscharakter dieser Rechtsgeschäfte und die daraus folgende Anwendbarkeit der erbrechtlichen Formvorschriften verneinen würde, so müßte man dann immer noch zur Unwirksamkeit dieser Zuwendungen kommen, weil unser Recht die Rechtsfigur einer postmortalen Vollmacht ganz allgemein nicht anerkennt. Für uns kann dies allerdings in diesen beiden Fallgruppen nur eine Hilfsbegründung sein. Für uns liegen insoweit in der Sache nichtempfangsbedürftige testamentarische Verfügungen von Todes wegen vor; auf die Vollmachtswirkung als solche kommt es somit nicht mehr an. Die Vollmachtswirkung als solche wird für uns erst in dem Bereich relevant, in dem eine widerrufliche postmortale Vollmacht zur Vornahme eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts erteilt wird.

Eine postmortale Vollmachtswirkung kann nicht aus den

§§ 168, 672 abgeleitet werden.¹ Die §§ 168, 672 stellen eine deklaratorische Bestätigung dafür dar, daß das Prinzip der Universalsukzession auch für Aufträge und mit ihnen verbundene Vollmachten gelten soll, die schon im Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem Rechtswirkungen äußern sollen. Diese Bestimmungen meinen nicht Aufträge und Vollmachten, bei denen der Tod des Vollmachtgebers rechtsgeschäftlich zum Wirksamkeitsbeginn gemacht wird. Diese Vorschriften erfassen nur transmortale Aufträge und Vollmachten.

Den Gesetzesverfassern erschien es wegen der Nähe von Auftrag und Vollmacht zu höchstpersönlichen Rechtsgeschäften als zweifelhaft, ob wirksame Aufträge und die mit ihnen verbundenen Vollmachten den Tod des Auftraggebers gem. dem Prinzip der Universalsukzession überdauern sollen. Diese Frage hat der Gesetzgeber dann für den Zweifelsfall, also für den Fall, daß Auftraggeber und Beauftragter keine ausdrückliche Regelung getroffen haben, bejaht. Dies setzt voraus, daß die Parteien die Fortdauer der Wirkungen von Auftrag und Vollmacht vereinbaren können. Dies war unter den Gesetzesverfassern auch gar nicht streitig. Streitig war nur der Zweifelsfall, in dem die Parteien bezüglich des Todes nichts vereinbart haben. Dieser Fall ist in den §§ 168, 672 i.S.d. Prinzips der Universalsukzession gelöst worden.²

Der Fall der postmortalen Vollmacht, in dem die Parteien eine Bestimmung für den Fall des Todes treffen, fällt also sicherlich nicht in den unmittelbaren Regelungsbe-
reich der §§ 168, 672; allein deshalb nicht, weil hier kein Zweifel darüber besteht, was die Parteien für den Fall des Todes gewollt haben. Der Fall der postmortalen Vollmacht wird aber auch nicht durch das abgedeckt, was die Gesetzesverfasser bei den §§ 168, 672 implizit vor-

1 So aber: Oertmann Bankarchiv 1913/14, S. 5, 6; Harder Festschrift S. 515; wohl auch Enneccerus-Nipperdey AT § 186 V 2.

2 Motive Bd. II S. 546, 547.

ausgesetzt haben; nämlich, daß die Parteien die Fortdauer der Wirkungen von Auftrag und Vollmacht über den Tod hinaus ausdrücklich anordnen können. Der Gesetzgeber ist immer nur von dem Fall ausgegangen, daß Rechtswirkungen fort dauern sollen, die schon vorher bestanden. Ohne diese Vorstellung wäre das tragende Argument der Gesetzesverfasser für die Fortdauer im Zweifelsfall unverständlich; nämlich das Argument, daß die Erben sich die Ausführung des Auftrages ja auch hätten gefallen lassen müssen, wenn der Erblasser die Ausführung noch erlebt hätte.¹ Dieses Argument setzt voraus, daß der Auftrag noch zu Lebzeiten des Erblassers hätte ausgeführt werden können. Dies trifft aber nur für einen transmortalen Auftrag zu, nicht für einen postmortalen Auftrag, bei dem die Rechtswirkungen bis zum Tode des Auftraggebers storniert werden. Die §§ 168, 672 besagen also nichts über eine postmortale Vollmacht.²

Dennoch können keine Zweifel an der konstruktiven Möglichkeit einer postmortalen Vollmacht bestehen. Der Vollmachtgeber und der Bevollmächtigte können zu Lebzeiten des Vollmachtgebers den rechtsgeschäftlichen Tatbestand einer Bevollmächtigung mit der Maßgabe vollenden, daß die Rechtswirkungen dieses Rechtsgeschäftes erst mit dem Tode des Vollmachtgebers eintreten sollen (Fall der Befristung). Tritt dann der Tod des Vollmachtgebers ein, so wird die Vollmacht in diesem Augenblick wirksam, und zwar gem. dem Prinzip der Universalsukzession wirksam gegenüber den Erben, da diese gem. § 1922 im Augenblick des Todes des Erblassers in die zu Lebzeiten des Erblassers entstandenen Verträge eintreten.

1 Protokolle Bd. II S. 373.

2 Zu Recht gegen die Ableitung der Wirksamkeit einer postmortalen Vollmacht aus §§ 168, 672: Kleinschmidt S. 70; von Lübtow S. 1241; Brox RdNr. 719.

Der befristete Bevollmächtigungsvertrag ist schon zu Lebzeiten des Erblassers entstanden.¹

Es fragt sich nur, ob aufgrund dieser konstruktiven Möglichkeit auch wirksame Vertretergeschäfte zustandekommen können.² Hier stellt sich nun die Frage des Vollmachtsmißbrauches in aller Schärfe. Sie stellt sich - wie wir noch sehen werden - nicht nur unter dem Aspekt der schon behandelten Mißbrauchslehre, die vom Mißbrauch der Vollmacht durch den Bevollmächtigten gegenüber den Erben als den Vertretenen ausgeht, sondern auch noch unter dem Aspekt des Mißbrauchs der Rechtsfigur der Vollmacht durch den Vollmachtgeber.

Zuerst wollen wir uns mit der Anwendung der Grundsätze der Mißbrauchslehre (Mißbrauch der Vollmacht im Verhältnis zu den vertretenen Erben) auf die Fälle der postmortalen Vollmacht beschäftigen. Bei der transmortalen Vollmacht war die Mißbrauchslehre aus teleologischen und entstehungsgeschichtlichen Gründen abzulehnen. Rechtsklarheit und Verkehrsschutz als teleologische Gründe und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes sprachen gegen die Mißbrauchslehre und für eine generelle Wirksamkeit der transmortalen Rechtsgeschäfte. Diese Gründe treffen bei der postmortalen Vollmacht nicht zu.

Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 168, 672 folgt, daß der Gesetzgeber in den Fällen des "zufälligen" Dazwischentretens des Todes des Vollmachtgebers die von dem

1 Zur konstruktiven Ableitung vgl. von Lübtow S. 1241; Harder Festschrift S. 515, 516; Röhms DB 1969, 1973, 1976.

2 Dies wird von der ganz h.M. ohne weitere Problematisierung bejaht: RGZ 114, 351, 354; RGZ 139, 41, 43; RG WarnR 1925 Nr. 126; BGH NJW 1969, 1245 ff, 1247; von Tuhr AT Bd. II 2. Hälfte S. 401 Anm. 157; Ennecerus-Nipperdey AT § 186 V 2; Lehmann-Hübner AT § 36 V 7; Staudinger-Coing § 168 RdNr. 4; Soergel-Schultze/von Lasaulx § 168 RdNr. 132; Staudinger-Dittmann Vor § 2197 RdNr. 100.

Bevollmächtigten danach abgeschlossenen Rechtsgeschäfte so angesehen wissen wollte, als ob sie noch zu Lebzeiten des Vollmachtgebers zustandegekommen wären. Für die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte soll es nicht entscheidend sein, ob der Vollmachtgeber zufällig vor oder zufällig nach dem Handeln des Bevollmächtigten stirbt. Da die Erben das Rechtsgeschäft hätten hinnehmen müssen, wenn der Vollmachtgeber zufällig nach der Vornahme des Rechtsgeschäftes durch den Bevollmächtigten gestorben wäre, erscheint es nicht unbillig, das Rechtsgeschäft auch dann gegen die Erben wirken zu lassen, wenn der Vollmachtgeber zufällig vor dieser Vornahme des Rechtsgeschäftes gestorben ist.¹

Dies gilt für die postmortale Vollmacht nicht. Hier sorgt der Vollmachtgeber durch die bewußte und gewollte Einbeziehung seines Todes in die rechtsgeschäftliche Regelung dafür, daß die Rechtsfolgen des Vertretergeschäftes auf keinen Fall ihn, sondern auf jeden Fall die Erben treffen. Das Rechtsgeschäft ist von vornherein nicht als lebzeitiges Rechtsgeschäft des Erblassers geplant. Daß die Rechtsfolgen die Erben treffen, ist kein Zufall, sondern Absicht. Dann ist aber auch kein Grund ersichtlich, das Vertretergeschäft so anzusehen, als ob es noch zu Lebzeiten des Vollmachtgebers zustandegekommen wäre. Bei den postmortalen Rechtsgeschäften entbehrt eine solche Betrachtungsweise des inneren Grundes, der bei den transmortalen Rechtsgeschäften darin liegt, daß bei ihnen der Wille des Vollmachtgebers auf ein lebzeitiges Rechtsgeschäft gerichtet ist. Bei den postmortalen Rechtsgeschäften ist der Wille des Vollmachtgebers darauf gerade nicht gerichtet. Die Argumentation der Entstehungsgeschichte paßt somit nur für die transmortalen Rechtsgeschäfte. Sie bezieht sich nur auf diese Geschäfte; zu den postmortalen Rechtsge-

1 Protokolle Bd. II S. 373.

schäften hat der Gesetzgeber keine Stellung bezogen.

Daß die transmortalen Rechtsgeschäfte ohne weitere Differenzierung, also ohne Rücksicht auf eine eventuelle Bösgläubigkeit des Vertragspartners in bezug auf den Tod des Vollmachtgebers, wirksam sein sollen, wurde teleologisch aus den Gesichtspunkten der Rechtsklarheit und des Verkehrsschutzes hergeleitet, die auch in der Entstehungsgeschichte Anklang gefunden haben. So heißt es in den Motiven, daß eine Differenzierung nach Gut- und Bösgläubigkeit des Vertragspartners "eine gefügige Handhabe zu Schikanen und Streitigkeiten"¹ bieten würde.

Würde man in den Fällen der transmortalen Bevollmächtigung die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts davon abhängig machen, ob der Zuwendungsempfänger bezüglich des Todes des Vollmachtgebers gutgläubig ist, so würde die Rechtsklarheit Schaden nehmen. Die Wirksamkeit wäre dann nämlich ausschließlich von einem inneren Umstand (Gutgläubigkeit) abhängig, der sich normalerweise nicht in einem äußeren Umstand manifestiert. Der Rechtsverkehr würde anhand des objektiven Geschehensablaufs nicht feststellen können, ob ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist. Dieser Gesichtspunkt trifft für den Normalfall des aufgrund einer postmortalen Vollmacht vorgenommenen Vertretergeschäfts nicht zu. Hier liegt ein äußerer Vorgang vor, an den man sich halten kann. Normalerweise handelt der Bevollmächtigte gegenüber dem Geschäftsgegner unter Bezugnahme auf seine Legitimation, die hier eine postmortale, eine bewußt auf den Tod des Vollmachtgebers abgestellte ist. Die Bösgläubigkeit des Zuwendungsempfängers dokumentiert sich somit in einem äußeren Vorgang. Dadurch, daß man einem so zustandekommenden Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagen würde, würde keine Rechtsunklarheit eintreten.

¹ Motive Bd. I S. 236.

Eine solche Regelung würde auch nicht den Verkehrsschutz gefährden. Bei der transmortalen Vollmacht wird der Bösgläubige nicht um seiner selbst willen geschützt. Er ist nicht schutzwürdig. Wer auf das wirksame Zustandekommen eines Vertrages vertraut, obwohl er weiß, daß der Vertragspartner (= der Erbe), mit dem der Vertrag zustandekommen soll, sich in bezug auf diesen Vertrag noch gar keinen Willen gebildet hat, ist nicht schutzwürdig. Der Bösgläubige wird um des Gutgläubigen, um des Verkehrsschutzes willen geschützt. Würde man bei der transmortalen Vollmacht zwischen den gutgläubigen und den bösgläubigen Empfängern differenzieren, so gäbe man dadurch den Erben eine "gefügige Handhabe zu Schikanen und Streitigkeiten" an die Hand. Der Erwerb des in Wahrheit Gutgläubigen könnte mit der Behauptung der Bösgläubigkeit angegriffen und gefährdet werden. Darunter würde der Verkehrsschutz leiden. Versagt man dagegen in den eben genannten Fällen der postmortalen Vollmacht dem bösgläubigen Zuwendungsempfänger den Schutz, so werden dadurch schutzwürdige Zuwendungsempfänger nicht gefährdet. Die Vornahme des Vertretergeschäftes unter Bezugnahme auf die postmortale Vollmacht ist eine objektive Tatsache, über die der Bevollmächtigte Zeugnis ablegen kann. Würden die Erben gegenüber einem gutgläubigen "transmortalen" Zuwendungsempfänger wahrheitswidrig einen solchen postmortalen Vorgang behaupten, so fiel dem Zuwendungsempfänger der Gegenbeweis nicht schwer. Darüber, ob der Vertragspartner von einem "zufälligen" Dazwischentreten des Todes des Vollmachtgebers schon Kenntnis hatte, kann der Bevollmächtigte nicht mit Sicherheit Auskunft geben. Darüber, ob er selbst unter Bezugnahme auf eine postmortale Vollmacht gehandelt hat, kann der Bevollmächtigte immer Auskunft geben. Der Verkehrsschutz würde somit nicht gefährdet, wenn man in diesen Fällen der postmortalen Vollmacht zu einer Unwirksamkeit des Vertretergeschäftes kommen würde.

Die Argumente, die bei der transmortalen Vollmacht gegen die Anwendung der Mißbrauchslehre sprachen, fallen somit im Normalfall der postmortalen Vollmacht weg. Darzulegen ist allerdings noch, daß eine Interessenanalyse eine Anwendung der Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht in diesem Fall der postmortalen Vollmacht erforderlich macht. Die Anwendung dieser Grundsätze muß auch positiv begründet werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß innerhalb dieser Interessenanalyse die Formproblematik der unentgeltlichen Rechtsnachfolgeregelung von Todes wegen keine Rolle spielt. Entgeltliche Rechtsgeschäfte sind nicht exklusiv dem Erbrecht zugeordnet; und zwar auch dann nicht, wenn der Tod einer Partei zum Wirkungsbeginn der rechtsgeschäftlichen Regelung gemacht wird.

Die Verfügungen von Todes wegen sind als Instrumente der gewillkürten Erbfolge auf dem Hintergrund der gesetzlichen Erbfolge zu sehen. Durch die Verfügungen von Todes wegen kann der Erblasser den Nachlaß anders verteilen als er verteilt würde, wenn gesetzliche Erbfolge eintreten würde. Der Erwerb aufgrund gesetzlicher Erbfolge - der Prototyp des erbrechtlichen Erwerbs - zeichnet sich durch Unentgeltlichkeit aus. Der Erwerb aufgrund gewillkürter Erbfolge weist keine andere Qualität auf. Der Erwerb erfolgt auch hier aufgrund einer Rechtsnachfolgeregelung "mortis causa", nicht aber eines Entgelts wegen. Will der Erblasser einen solchen Erwerb herbeiführen, wobei es dabei darauf ankommt, ob er in der Sache die essentiellen Merkmale eines solchen Erwerbs will, so muß er die Formen der Verfügungen von Todes wegen einhalten. Will er eine solche Nachfolgeregelung treffen, so soll er dies in einer Form tun, die keinen Zweifel an seiner Urhebererschaft erlaubt (Beweisfunktion der erbrechtlichen Form), da es bei dem hier in Frage stehenden unentgeltlichen Erwerb naturgemäß zu Streitigkeiten zwischen den Nachlaßinteressenten

kommen kann. Will er aber eine entgeltliche Regelung herbeiführen, so greift dieser Grund nicht ein; und zwar auch dann nicht, wenn die entgeltliche Regelung auf den Todesfall des rechtsgeschäftlich Handelnden abgestellt wird. Es geht auch dann nicht um unentgeltliche Rechtsnachfolge, sondern um entgeltlichen Gütereaustausch. Es besteht kein Interesse an einem besonderen Authentizitätsschutz. Dies besagt natürlich nicht, daß der Erblasser solche entgeltlichen Regelungen nicht in Verfügungen von Todes wegen treffen kann. Untervermächtnis und Auflage geben ihm rechtstechnisch die Mittel an die Hand, auf erbrechtlichem Wege im Ergebnis einen entgeltlichen Gütereaustausch herbeizuführen. Es zwingt ihn aber nichts dazu, dies so zu tun. Wählt er nicht die erbrechtliche Form, so kann sich eine Unwirksamkeit einer entgeltlichen Regelung von Todes wegen doch nicht daraus ergeben, daß unentgeltliche Rechtsnachfolgeregelungen von Todes wegen der erbrechtlichen Form bedürfen. So kann der Zuwendende zu seinen Lebzeiten mit dem Zuwendungsempfänger formlos einen entgeltlichen Austauschvertrag schließen, der durch seinen Tod aufschiebend befristet ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß ein solcher Vertrag später nach dem Tode des Zuwendenden gegen die Erben wirkt.

Diesen Weg geht der Vollmachtgeber in den Fällen der postmortalen Bevollmächtigung aber gerade nicht. Dies kann auch hier seinen Grund nur darin haben, daß der Vollmachtgeber zu seinen Lebzeiten die volle Entscheidungsfreiheit bezüglich des ins Auge gefaßten Vertragsgegenstandes behalten will. Würde er nämlich schon zu seinen Lebzeiten einen auf seinen Todesfall befristeten Vertrag mit dem ins Auge gefaßten Vertragspartner abschließen, und dann zu seinen Lebzeiten über diesen Gegenstand anderweitig verfügen, so würde er den Grundstein für spätere Schadensersatzansprüche gegen die Er-

ben legen. Dies würde wiederum seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen. Da er dies nicht will, will er den Vertragsabschluß auf den Zeitpunkt nach seinem Tode verlegen.

Ein solches Vorgehen vermag aber keine Pflichten der Erben zu begründen. Die Pflichtenstellung der Erben setzt sich aus den Pflichten zusammen, die mit dem Erbfall in ihrer Person entstehen, weil der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen dies so angeordnet hat, und den Pflichten, die vom Erblasser stammen, in ihrer Entstehungsgrundlage auf seine Person bezogen sind und im Wege der Universalsukzession auf die Erben übergehen. Wird - wie hier - eine Verpflichtung der Erben durch Verfügung von Todes wegen nicht begründet, so kommt als Anknüpfungspunkt für eine Pflicht der Erben nur noch die Universalsukzession in Betracht. Die Erben wachsen aber in bezug auf den noch nicht abgeschlossenen Vertrag mit dem ins Auge gefaßten Vertragspartner in keinerlei Rechtsbeziehung hinein. Sie übernehmen das Vermögen des Erblassers so, wie es sich im Augenblick des Todes darstellt. Zu diesem Zeitpunkt ist gegenüber dem Vertragspartner überhaupt noch nicht gehandelt worden, es besteht ihm gegenüber keinerlei Bindung. Ob aber in bezug auf das ererbte Vermögen nach dem Erbfall "neue" Verträge mit Dritten abgeschlossen werden, unterliegt, soweit nicht eine Pflicht zum Abschluß eines solchen Vertrages vom Erblasser durch Verfügung von Todes wegen begründet worden ist, ausschließlich der freien Entscheidung der Erben. Eine Pflichtenlage, in die die Erben gem. § 1922 hineinwachsen können, kann nur bezüglich des Auftrages und der Vollmacht bestehen, die als abgeschlossene Rechtsgeschäfte, die nur noch keine Wirkungen äußern, schon zu Lebzeiten des Erblassers vorliegen. Auftrag und Vollmacht dürfen nun aber nicht isoliert von dem Vertretergeschäft gesehen werden, zu des-

sen Vornahme sie erteilt werden.¹ Auftrag und Vollmacht sind kein Selbstzweck. Sie sind Mittel zum Zweck. Sie sollen es ermöglichen, daß das Vertretergeschäft vorgenommen wird. Die Entscheidung darüber, ob dieses Vertretergeschäft vorgenommen wird, gebührt nach dem Erbfall ausschließlich den Erben. Wem aber nach der Rechtsordnung die Entscheidung darüber zusteht, ob ein bestimmter Zweck verwirklicht werden soll, dem muß auch die Entscheidung darüber zukommen, ob die Mittel, die zu diesem Zweck dienen sollen, eingesetzt werden dürfen.

Den Erben steht also die Entscheidung darüber zu, ob von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf. Handelt der Bevollmächtigte, ohne diese Entscheidung einzuholen, so mißbraucht er die Vollmacht.

Der bösgläubige Geschäftsgegner ist "a priori" nicht schutzwürdig. Wer weiß, daß der potentielle Vertragspartner sich in bezug auf den Vertragsschluß noch überhaupt keinen Willen gebildet hat, der verdient keinen Schutz für sein Vertrauen in das Zustandekommen eines Vertrages.

Somit ist festzustellen, daß in den Fällen, in denen der Bevollmächtigte unter Bezugnahme auf eine postmortale Vollmacht gegenüber einem Dritten handelt, ein wirksamer Vertrag mit diesem Dritten ganz unabhängig von der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit dieses Vertrages nicht zustandekommt.

Es verbleiben somit nur noch die Fälle der postmortalen Vollmacht, in denen der Bevollmächtigte gegenüber dem Geschäftsgegner ohne Bezugnahme auf den postmortalen Charakter der Vollmacht handelt. In der Praxis werden

¹ Eine solche isolierte Betrachtung findet statt bei: Harder Festschrift S. 515, 516, 517; von Lübtow S. 1241, 1242; Poischen S. 9 f.

solche Fälle kaum vorkommen. Verträge kommen nicht im luftleeren Raum zustande. Bei einem Vertretergeschäft kommt regelmäßig die Legitimation des Vertreters zur Sprache und damit dann normalerweise auch die Ausgestaltung dieser Legitimation. Da diese Fälle aber nichtsdestoweniger möglich sind, bedürfen sie auch einer Lösung.

Der bösgläubige Vertragspartner, der, obwohl der Vertreter ihm davon nicht berichtet, den postmortalen Charakter der Vollmacht kennt, ist wiederum a priori nicht schutzwürdig. Der Regelfall dieser Fallkonstellation wird aber der sein, daß der Vertragspartner gutgläubig ist. Aus seiner Sicht stellen sich die Dinge genauso dar, wie sie sich für den gutgläubigen Vertragspartner bei der transmortalen Vollmacht darstellen. Trotzdem ist hier bei der postmortalen Vollmacht dem Vertragsgegner im Gegensatz zu der transmortalen Vollmacht der Schutz zu versagen. Die Bevorzugung des Verkehrsschutzes gegenüber dem Erbenschutz ist in den Fällen der transmortalen Vollmacht deshalb gerechtfertigt, weil die Rechtsposition der Erben auf dem Hintergrund der Universalsukzession zu sehen ist. Hätte der Erblasser das Zustandekommen des Vertretergeschäfts noch erlebt, das durch seinen "zufällig" dazwischentretenden Tod nicht mehr zu seinen Lebzeiten zustandegekommen ist, so hätten die Erben dieses Rechtsgeschäft auch hinnehmen müssen. Unter dem Gesichtspunkt der Universalsukzession ist es gerechtfertigt, nicht nur die Rechtsgeschäfte gegen die Erben wirken zu lassen, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten zustandegebracht hat, sondern auch diejenigen, die er zwar auf den Weg gebracht hat, die aber "zufällig" zu seinen Lebzeiten nicht mehr zustandegekommen sind. Die letzteren Fälle werden - sozusagen virtuell - noch durch das Prinzip der Universalsukzession abgedeckt. Dieses Prinzip kann aber nicht mehr zur Rechtfertigung herangezogen werden, wenn das

lebzeitige Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes bewußt verhindert wird. Will der Erblasser, daß ein Rechtsgeschäft nicht zu seinen Lebzeiten abgeschlossen wird, so kann er eine Wirkung gegen die Erben, da die Universalsukzession als Rechtfertigung ausscheidet, nur dadurch erreichen, daß er sich der erbrechtlichen Anordnungsformen bedient. Tut er dies auch nicht, so kann eine Wirkung gegen die Erben überhaupt nicht begründet werden. Eine dritte Möglichkeit außerhalb der Universalsukzession und außerhalb der erbrechtlichen Anordnungsformen, die dahin ginge, daß der Erblasser bewußt und gewollt bewirken kann, daß aufgrund seines Willens - unabhängig vom Willen der Erben - nach seinem Tode lebzeitige Rechtsgeschäfte der Erben zustandekommen, kennt unser Recht nicht. Es stellt einen Mißbrauch der Rechtsfigur der Vollmacht durch den Vollmachtgeber dar, wenn er sich durch eine postmortale Vollmacht diese dritte Möglichkeit eröffnen will. Ein Vertrag, der von vorneherein als lebzeitiges Rechtsgeschäft der Erben zustandekommen soll, muß vom Willen der Erben getragen werden. Wird er dies nicht, so fehlt es an einer privatautonomen Geltungsgrundlage für einen solchen Vertrag. Dieser Mangel kann auch nicht durch den guten Glauben des Vertragspartners überwunden werden. Der dem Bereich der Privatautonomie zugehörige Grundsatz, daß über einen Vertragsschluß die Vertragspartner zu befinden haben, ist höherrangig als der Gutglaubensschutz. Dies zeigt sich auch in der Wertung des Gesetzes, die den guten Glauben an eine nicht existierende Vollmacht nicht schützt. In der hier erörterten Fallkonstellation liegt zwar eine Vollmacht vor; diese Vollmacht ist aber nach den Grundsätzen der Privatautonomie nicht von dem "richtigen" Vollmachtgeber erteilt worden. Die postmortale Vollmacht kann somit auch in dieser Fallkonstellation keine Wirkungen äußern.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht den Wertungsgesichtspunkten, die uns dazu veranlaßt haben, bei der transmortalen Vollmacht eine generelle Wirksamkeit unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Vertragspartners anzunehmen. Eine generelle Unwirksamkeit postmortalen Vollmachten widerspricht nicht der Rechtsklarheit. Für den Rechtsverkehr wird keine Unklarheit geschaffen, wenn Vollmachten generell unwirksam sind, die das objektive Merkmal aufweisen, daß ihre Wirksamkeit auf den Todesfall des Vollmachtgebers storniert ist. Der Schutz des gutgläubigen "transmortalen Vertragspartners" wird ebenfalls nicht beeinträchtigt. Wird ihm gegenüber zu Unrecht die Erteilung einer postmortalen Vollmacht behauptet, so wird ihm der Gegenbeweis nicht schwer fallen. Der Bevollmächtigte, der über die Tatsache, ob ihm eine postmortale Vollmacht erteilt worden ist, berichten kann, steht als Zeuge zur Verfügung. Eine Einschränkung des Verkehrsschutzes findet nur gegenüber dem gutgläubigen "postmortalen Vertragspartner" statt. Dies ist aber unumgänglich, da eine fehlende privatautonome Geltungsgrundlage für eine rechtsgeschäftliche Regelung nicht durch den guten Glauben an eine solche Grundlage ersetzt werden kann.¹

¹ Für eine generelle Unwirksamkeit der postmortalen Vollmacht haben sich früher - letztlich ebenfalls aus Gründen des Erbenschutzes - ausgesprochen: Heldrich JhJb 79 S. 315, 323, 324; Eccius GruchB 47, 209, 212.

LITERATURVERZEICHNIS

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. Textausgabe. Mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günter Beinert. Frankfurt-Berlin 1970.
- Arndts Ritter von Arnesberg, Ludwig, Lehrbuch der Pandekten, 8. Auflage, Stuttgart 1874.
- Bartholomeyczik, Horst, Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, 5. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1942.
- Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, Ein Studienbuch von Horst Bartholomeyczik und Wilfried Schlüter, Zehnte, ergänzte Auflage, München 1975.
- Bärmann, Johannes, Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 7.2.1963, NJW 1964, 53 f.
- Boehmer, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, zweites Buch, zweite Abteilung, Tübingen 1952.
- Boehmer, Gustav, "Schenkungen von Todes wegen" und "Schenkungen unter Lebenden" (§ 2301 BGB), ZAKDR 1939, 610 ff.
- Ders., Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, Reichsgerichtsfestgabe: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. III, Berlin-Leipzig 1929.
- Ders., Entgeltliche Erbverträge, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. I, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, 461 ff.
- Brox, Hans, Erbrecht, fünfte, verbesserte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1977.

Brox, Hans, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. ergänzte Auflage, Berlin-Bonn-München 1978.

Ders., Die unentgeltliche Aufnahme von Kindern in eine Familien-Personengesellschaft, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag 2. Dezember 1976, Bielefeld 1976, 75 ff.

Bruck, Eberhard Friedrich, Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung im römischen Recht, GrünheitsZ 40, 533 ff.

Bühler, Martin, Die Rechtsprechung des BGH zur Drittbegünstigung im Todesfall, NJW 1976, 172 f.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. neubearbeitete Auflage, Bd. II, 2. Teil §§ 414-610, Berlin-New York 1978; Bd. V, 2. Teil §§ 2147-2385, Berlin-New York 1975.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.

Codex Maximilianeus Bavaricus. Chur-Bayrisches Landrecht, benebst dem am Ende beygefügtten Lehenrecht. In 4 Theilen. München 1756.

Damrau, Jürgen, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Juristische Analysen 1970, 716 ff.

Dernburg, Heinrich, Pandekten, dritter Band, Familien- und Erbrecht, Sechste, verbesserte Auflage, Berlin 1901.

Dietz, Rolf, Erbrecht, Ein Grundriß, Bonn 1949.

Ders., Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934.

- Dilcher, Herrmann, Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, JuS 1961, 20 ff.
- Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche, GruchB. 47, 209 ff,
- Eckstein, Ernst, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur "Realschenkung", ACP 107, 384 ff.
- Ehmann, Horst, Ist die Erfüllung Realvertrag?, NJW 1969, 1833 ff.
- Endemann, Friedrich, Grundrisse der Rechtswissenschaft, Band 5, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin-Leipzig 1923.
- Ders., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band, Das Erbrecht, 7. Auflage, Berlin 1900.
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 5. neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971.
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, vierzehnte Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1954.
- Ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, Fünfzehnte, neubearbeitete Auflage von Hans Carl Nipperdey, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte; Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, Tübingen 1959, 1960.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, herausgegeben von Walter Erman, Harm Peter Westermann unter Mitwirkung von Klaus Kückenhoff, Band 1 und Band 2, Sechste, neubearbeitete Auflage, Münster 1975.

Esser, Josef, Schuldrecht, Bd. II Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 4. überarbeitete Auflage, Karlsruhe 1971.

Ders., Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949.

Fabricius, Fritz, Besprechung des Lehrbuches des Bürgerlichen Rechts, V. Band, Erbrecht, von Theodor Kipp, 12. Bearb. von Helmut Coing, FamRZ 1967, 59 ff.

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 6. neubearbeitete Auflage, Berlin-New York 1976.

Finger, Peter, Anmerkung zu dem Urteil BGH V ZR 179/65 vom 18.4.1969, NJW 1969, 1624 ff.

Ders., Die Formfrage beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, WM 1970, 374 ff.

Ders., Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, Frankfurt 1968

Ders., Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall - BGHZ 46, 198, JuS 1969, 309 ff.

Fischer, Robert, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, auch unter Berücksichtigung der Handelsgesellschaften, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973, Berlin-New York 1973, 3 ff.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, zweite, überarbeitete Auflage, Heidelberg-New York 1975.

Förster, Franz, Preußisches Privatrecht, Bd. II, 7. Auflage, bearbeitet von M. Eccius, Berlin 1896.

Grunsky, Wolfgang, Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt 1972, 617 ff.

Grützmann, Paul, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, Band 2, Recht der Forderungen, Familienrecht, Erbschaftsrecht, Leipzig 1889.

Hachenburg, Max, Anmerkung zu dem Urteil RG II 73/29 vom 22. Nov. 1929, JW 1930, 2655.

Harder, Manfred, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968.

Ders., Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem und geltendem Recht, Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970, 515 ff.

Ders., Das Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, FamRZ 1976, 418 ff.

Ders. und Welter, Reinhard, Drittbegünstigung im Todesfall, NJW 1977, 1139 ff.

Haegele, Karl, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem und steuerlichem Recht, 5. neubearbeitete Auflage, Regensburg 1975.

Häsemeyer, Ludwig, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Frankfurt 1971.

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 (unveränderter Nachdruck 1960).

Ders., Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (unveränderter Nachdruck 1958).

Ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Redigiert von Roland

- Dubischar, Mit einem Nachwort von Josef Esser, Bad Homburg vor der Höhe Berlin Zürich 1967/68.
- Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, ACP 112, 1 ff.
- Heckelmann, Dieter, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, München 1973.
- Heinz, Bruno, Die Vollmacht auf den Todesfall, München 1964.
- Heldrich, Karl, Die Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers, Iherings Jahrbücher 79, 315 ff.
- Hellwig, Konrad, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
- Herschel, Wilhelm, Der Widerruf des wechselbezüglichen Testaments, DR 1944, 109 f.
- Hilderscheid, Heinz, Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, DNotZ 1938, 482 ff.
- Hinz, Manfred, Bankverträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, JuS 1965, 299 ff.
- von Hippel, Fritz, Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg 1935.
- Hoffmann, Karl-Heinz, Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen, eine Erbeinsetzung im Valutaverhältnis, ACP 158, 178 ff.
- Hopt, Klaus, Die Auswirkungen des Todes des Vollmachtgebers auf die Vollmacht und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis, ZHR 133, 365 ff.
- von Ihering, Rudolph, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. Auflage, Leipzig 1907.

- Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiete des Erbrechts, 10. Teil: Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, Erbunwürdigkeit, Erbverzicht, Erbschein, Erbschaftskauf, Internationales Privatrecht, WM 1972, 1046 ff.
- Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das Altrömische, Das vorklassische und klassische Recht, München 1955.
- Ders., Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die Nachklassischen Entwicklungen, München 1959.
- Kegel, Gerhard, Zur Schenkung von Todes wegen, Herausgegeben von der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Opladen 1972.
- Kipp-Coing, Erbrecht, Ein Lehrbuch von Theodor Kipp, Dreizehnte Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1978.
- Kleinschmidt, Kurt, Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht, Frankfurt 1928.
- Krause, Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein?, FamRZ 1955, 161 ff.
- Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts, LV. Die Schenkung, JW 1902, 241 ff.
- Kunkel, Wolfgang, Thieme, Hans, Beyerle, Franz, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd. I, 1. Halbband: Ältere Stadtrechtsreformationen; Bd. I, 2. Halbband: Landrechte des 16. Jahrhunderts, Weimar 1936/38.
- Ders., Römisches Privatrecht, Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, 2. Auflage, neu bearbeitet von Wolfgang Kunkel, Berlin 1935.

Kupisch, Berthold, Durchgangserwerb oder Direkterwerb,
JZ 1976, 417 ff.

Kümpel, Siegfried, Konto und Depot zugunsten Dritter auf
den Todesfall, WM 1977, 1186 ff.

Lange-Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, Begründet von
Heinrich Lange, fortgeführt von Kurt Kuchinke, zwei-
te neubearbeitete Auflage, München 1978.

Larenz, Karl, Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, München 1977.

Ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemei-
ner Teil, 11. Auflage, München 1976.

Ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Beson-
derer Teil, 11. Auflage, München 1977.

Ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. ergänz-
te Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1979.

Leipold, Dieter, Grundzüge des Erbrechts mit Fällen und
Kontrollfragen, Tübingen 1974.

Lehmann, Heinrich, Anmerkung zu dem Urteil RG V 314/33
vom 17. Jan. 1934, JW 1934, 683 f.

Lehmann, Julius, Wann untersteht ein Vertrag zugunsten
Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den
Todesfall?, Archiv für Bürgerliches Recht 1911, 81 ff.

Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches von Heinrich Lehmann, neubearbeitet von Heinz
Hübner, Sechzehnte, unveränderte Auflage, Berlin
1966.

Leonhard, Franz, Vertretung und Fremdwirkung, JhJB 86, 1 ff.

Leonhard, Rudolf, Allgemeiner Teil des BGB, Berlin 1900.

von Lübtow, Ulrich, Erbrecht, Eine systematische Darstel-
lung, 1. und 2. Halbband, Berlin 1971.

Ders., Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, Fest-
schrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag,
Bd. I, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, 328 ff.

- von Lübtow, Ulrich, Besprechung von Dietz, Rolf, Erbrecht, Ein Grundriß 1949, JR 1951, 94 ff.
- Maunz, Theodor, Dürig, Günter, Herzog, Roman, Scholz, Rupert, Grundgesetz Kommentar, Band I Art. 1-19, Art. 3 (Dürig, 1973), München.
- Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, Achte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1978.
- Mitteis, Ludwig, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Band I, Leipzig 1908 (Neudruck 1935).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 2. Auflage, Berlin 1896.
- Mugdan B., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
- Müller, Friedrich, Juristische Methodik, Zweite, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, Berlin 1976.
- Müller-Freienfels, Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.
- Natter, Edmund, Der Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten, JZ 1954, 381 ff.
- Oertmann, Paul, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung §§ 433 bis 853, fünfte, umgearbeitete Auflage, Berlin 1929.
- Ders., Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht im Bankverkehr, Bankarchiv 1913/14, 5 ff.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 38. neubearbeitete Auflage, München 1979.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Band, 2. Hälfte §§ 384-630, 4. Auflage, Berlin 1928; 5. Band Erbrecht, 4. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin 1930.

Pohle, Rudolf, Prozeßführungsrecht und Rechtskrafterstreckung bei bedingten Veräußerungen, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, 738 ff.

Poischen, Franz Joseph, Auftrag und Vollmacht auf den Todesfall, Köln 1938.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1897/99.

Rehbein, Hugo, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, I. Band Allgemeiner Teil, Berlin 1899.

Reinicke, Dietrich, Die Bewirkung der schenkweise versprochenen Leistung, NJW 1970, 1447 ff.

Reinicke, Gerhard, Zur Lehre vom Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung. Zugleich ein Beitrag zur Methode der Rechtsfindung, MDR 1959, 613 ff.

Reinicke, G. und D., Lebensversicherung und Nachlaßgläubiger, NJW 1956, 1053 ff.

Reuter, Dieter, Anmerkung zu dem Urteil BGH III ZR 91/70 vom 14.7.1971, JuS 1972, 157 f.

Röhm, Eberhard, Rechtsfragen zu der vom Erblasser erteilten Vollmacht, DB 1969, 1973 ff.

Röttemann, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, NJW 1959, 661 f.

Schmidt, Rudolf, Anmerkung zu dem Beschluß BGH IV ZB 25/53 vom 16.4.1953, JZ 1953, 603 f.

Ders., Zum Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten, JZ 1954, 605.

Schwab, Dieter, Einführung in das Zivilrecht, Frankfurt 1974.

Siebenhaar, Eduard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Band III, Leipzig 1865.

Siebert, Wolfgang, Ist bei aufschiebend bedingter Über-eignung die Fortdauer der Einigung bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich?, JW 1933, 2440 f.

Simonius, Pascal, Die Donatio Mortis Causa im klassischen Römischen Recht, Basel 1958.

Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer Kommentar, begründet von Th. Soergel, Elfte neubearbeitete Auflage, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978; Zehnte neubearbeitete Auflage, Schuldrecht I (§§ 241-610), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967; Zehnte neubearbeitete Auflage, Erbrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, 12. neubearbeitete Auflage, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-580a, Berlin 1978; 11. neubearbeitete Auflage, I. Band Allgemeiner Teil, Berlin 1957; 11. neubearbeitete Auflage, V. Band Erbrecht 1. Teil, Berlin 1954; 10./11. neubearbeitete Auflage, V. Band Erbrecht 2. Teil, Berlin 1960.

Stoll, Heinrich, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag am 20. Juli 1936, Berlin 1937, 115 ff.

Tank, Gerhard, Der Mißbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, 6 ff.

Tiedtke, Klaus, Die steuerliche Behandlung von Schenkungen einer Forderung, FR 1976, 602 ff.

Titze, Heinrich, Testamentarischer Schenkungswiderruf,
ZakDR 1943, 134 ff.

von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren
und Personenrecht, Zweiter Band Erste Hälfte: Die
rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechts-
geschäft, Zweiter Band, zweite Hälfte, Berlin 1910,
1914, 1918 (unveränderter Nachdruck 1957).

von Vangerow, Karl Adolph, Lehrbuch der Pandekten,
Bd. II, 7. Auflage, Marburg-Leipzig 1867.

Weinsheimer, Willi, Auslegung von Ausnahmenvorschriften
und Vorschriften mit "eindeutigem" Wortlaut, NJW
1959, 566.

Weiß, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts,
2. Auflage, Stuttgart 1949.

Westermann, Harry, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 5. neube-
arbeitete Auflage, Karlsruhe 1966.

Wieacker, Franz, Zur lebzeitigen Zuwendung auf den Todes-
fall, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Ge-
burtstag, Bd. I, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956,
271 ff.

Wiedemann, Herbert, Die Übertragung und Vererbung von
Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften,
München-Berlin 1965.

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts,
9. Auflage, bearbeitet von Theodor Kipp, III. Band,
Frankfurt 1906.

Wolf, Ernst, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
Lehrbuch, 2., durchgesehene Auflage, Köln-Bonn-
Berlin-München 1976.

Zehner, Günter, Versicherungssumme und Nachlaßinteres-
senten, ACP 153, 424 ff.

Lebenslauf

Ich wurde am 18. September 1943 als einziges Kind des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Reinicke und seiner Ehefrau Anni, geborene Habermann, in Eisenach in Thüringen geboren. Nach dem Krieg wuchs ich in Witten an der Ruhr auf. Dort besuchte ich nach der Volksschule den naturwissenschaftlichen Zweig des Städtischen Gymnasiums. Ostern 1963 legte ich dort die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich in Berlin, München und zuletzt in Münster Jura. Im Wintersemester 1968/1969 bestand ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Von 1970 bis November 1974 absolvierte ich meine Referendarzeit in Nordrhein-Westfalen. Im November 1974 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf. Danach wurde ich Mitarbeiter, seit dem Dezember 1975 wissenschaftlicher Assistent an dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Prozeßrecht an der Universität Münster. Ich bin seit 1975 mit der Lehrerin Christine Reinicke-Nielebock verheiratet. Im Juni 1977 wurde unser Sohn Felix geboren.

